الإلمـــام

بالمختلف فيه من أصول الأحكام

تأليف

الأستاذ الدكتور/حمدي صبح طه

أستاذ ورئيس قسم أصول الفقه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

الطبعة الثانية

١٤٢٧هـ /٢٠٠٦م



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد النبى الأمين ، وعلى آله الطيبين الطاهرين .

أما بعد

فإن جمهور علماء المسلمين يرون أن هناك أدلة غير الأدلة المتفق عليها تستنبط منها أحكام الشرع ، فالأدلة الشرعية عندهم نوعان : نوع متفق عليه أى على أنه من مصادر التشريع الإسلامى، ونوع آخر مختلف فيه ، فالبعض يعتبره من مصادر التشريع ، والبعض الآخر لا يعتبره من تلك المصادر .

وهذا الاختلاف إنما هو فى كل دليل من تلك الأدلة على حدة بمعنى أنه لا يوجد من العلماء من يعتبرها جملة ومن لا يعتبرها جملة ، بل إن من العلماء من قد يعتبر دليلا منها ولا يعتبره غيره فى حين أن هذا البعض الذى لم يعتبر هذا الدليل قد يعتبر دليلا آخر منها ولا يعتبره من اعتبر الدليل الأول ، وهكذا .

ومن العلماء من حصر الأدلة فى الأربعة المتفق عليها (الكتاب والسنة والإجماع والقياس) ، فلم يقل بشئ من الأدلة المختلف فيها ، فالأدلة الشرعية عندهم نوع واحد فقط هو الأدلة المتفق عليها .

ومن هؤلاء القاضى أبو بكر الباقلانى وبعض المتكلمين .

ووجهتهم :

أن الأدلة المختلف فيها لا يشهد لها قرآن ولا سنة ولا إجماع ولا قياس ، فلا يعتد بها [١] .

لكن حصر مآخذ الأحكام فى النصوص والمعانى المستنبطة منها يؤدى إلى عدم اتساع باب الاجتهاد ، ثم إذا ثبت اتساع باب الاجتهاد واستحال حصر ما اتسع منه فى المنصوصات والمعانى المستثارة منها ، أرشد ذلك إلى ضرورة القول بالاستدلال [٢] .

ولكون قول هؤلاء ضعيفا نجد من الأصوليين من يهدر قولهم ويذكر أن علماء الأمة أجمعوا على أن ثم دليلا شرعيا غير الكتاب والسنة والإجماع والقياس [٣] .

وقد اختلف الجمهور القائل بالأدلة المختلف فيها : فمنهم من توسع فى العمل بها كمالك الذى أفرط فى الأخذ بالمصالح المرسلة ، ومنهم من لم يتوسع فى ذلك كأبى حنيفة والشافعى [٤] .

كما اختلفوا فى أمر آخر : فبعضهم ذكر تلك الأدلة تحت مصطلح الاستدلال [٥] وأصل معناه : طلب الدليل . قال شيخ الإسلام عبد الرحمن الشربينى : وعندى أن المراد من الاستدلال الاتخاذ فالمعنى المراد من قولهم باب الاستدلال : أن هذا باب ما اتخذوه

---

(١) البرهان فى أصول الفقه ٢ / ١١١٣ وما بعدها .
(٢) البرهان فى أصول الفقه ج ٢ ص ١١١٤ وما بعدها .
(٣) تقرير شيخ الإسلام عبد الرحمن الشربينى بهامش حاشية البنانى ج ٢ ص ٣٤٢ .
(٤) البرهان فى أصول الفقه ٢ / ١١١٣ وما بعدها .
(٥) البرهان فى أصول الفقه ٢ / ١١١٣ وما بعدها ، والإحكام للآمدى ٣٦١/٤ ، وشرح العضد لمختصر ابن الحاجب ١١٣/٢ وشرح المحلى على جمع الجوامع ج ٢ ص ٣٤٢ .

دليلا ، والسر في جعله دون ما عداه متخذا : أن ما عداه من الأدلة قام الدليل القاطع عليها ولم يتنازع المعتبرون في شيء منها فقيامها أدلة لم ينشيء عن صنيعهم واجتهادهم أما ما عقدوا له هذا الباب فشيء قاله كل إمام بمقتضى أداء اجتهاده فكأنه اتخذه دليلا ، كما يقال : الشافعي يستدل بالاستصحاب ومالك بالمصالح المرسلة وأبو حنيفة بالاستحسان أي اتخذ كل منهم ذلك دليلا [١] . ويطلق الاستدلال أيضا بمعنى ذكر الدليل سواء أكان الدليل نصا أو إجماعا أو قياسا أو غيره ، لكنه مطلق في اصطلاح هؤلاء على نوع خاص من الأدلة ، فهو يعني في نظرهم : إقامة دليل ليس بنص ولا إجماع ولا قياس شرعي [٢] وبعضهم ذكرها تحت مصطلح الأدلة المختلف فيها [٣] .

وبعضهم لم يذكرها تحت مصطلح واحد ، وهؤلاء اختلف صنيعهم : فمنهم من ذكرها مفرقة [٤] ، ومنهم من ذكرها في موضع واحد عقب مبحث القياس لكن لا تحت مصطلح واحد يضمها كما ذكرنا [٥] .

وهي كثيرة ، وقد أوصلها بعضهم إلى نيف وعشرين دليلا ، لكن استقراء كتب الفقهاء فيما يستندون إليه من أدلة وكذا استقراء

---

(١) تقرير شيخ الإسلام عبد الرحمن الشربيني بهامش حاشية البناني ج ٢ ص ٣٤٢.
(٢) شرح اللمع ١/١٥٦ ، والإحكام للآمدي ٤/٣٦١ ، وشرح الكوكب المنير ٤/٣٩٧ ، وحاشية البناني ج ٢ ص ٣٤٢ .
(٣) المحصول ج ٢ ق ٣ ص ١٢٩ ، ونهاية السول ٤ / ٣٥٢ .
(٤) العدة في أصول الفقه ٣ / ٧٥٣ ، وشرح اللمع ١ / ١٥٦ .
(٥) التمهيد لأبي الخطاب ج ٢ ص ٤٢٠ .

كتب الأصول فيما يستند إليه فى استنباط الأحكام يشير إلى أنها تصل إلى خمسين دليلا .

وأشهر تلك الأدلة : الاستصحاب ، والمصالح المرسلة ، وقول الصحابى ، والاستحسان وشرع من قبلنا ، وسد الذرائع والعرف ، والاستقراء .

وسوف نفصل القول فى كل دليل من تلك الأدلة على حدة مراعين اليسر فى التعبير والابتعاد عن الغموض والتعقيد ، ومراعين كذلك الإيجاز بدون إخلال ، ومن ثم فإن هذه الدراسة سوف تتضمن ثمانية مباحث :

المبحث الأول : الاستصحاب .

المبحث الثانى : المصالح المرسلة .

المبحث الثالث : قول الصحابى .

المبحث الرابع : الاستحسان .

المبحث الخامس : شرع من قبلنا .

المبحث السادس : سد الذرائع .

المبحث السابع : العرف .

المبحث الثامن : الاستقراء .

والله أسأل أن ينفع به ، وأن يجعله فى ميزان حسناتى يوم الدين آمين .

وصل اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وسلم .

أ . د حمدى صبح طه

المبحث الأول

الاستصحاب

تمهيد فى تعريف الاستصحاب :

الاستصحاب مصدر الفعل استصحب ، ومعناه فى اللغة : طلب المصاحبة ، وهى الملازمة ، يقال : استصحب الحال أى تمسك بالحال التى كانت والتزمها .

أما فى اصطلاح الأصوليين فهو : إبقاء الحال على ما كان عليه ما لم يوجد ما يغيره [1] .

ولتوضيح هذا التعريف نقول :

حقيقة الاستصحاب هى أنه إذا ثبت حكم معين فى الزمن الماضى ثم حصل تردد فى زواله ولم يوجد دليل ينفيه حكمنا ببقائه استصحابا لثبوته السابق ، وإذا انتفى حكم فى الماضى ثم حصل تردد فى وجوده ولم يوجد دليل يثبته حكمنا باستمرار نفيه استصحابا لانتفائه السابق .

وإنما سمى هذا الإبقاء استصحابا ؛ لأن المجتهد يجعل الحكم الذى كان فى الزمن الماضى مصاحبا للحال ، ويجعل الحال مصاحبا للحكم [2] .

---

(١) إرشاد الفحول ص ٢٣٧ ، ونهاية السول جـ ٣ ص ٦٣١ .
(٢) كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ ٣ ص ١٠٩٧ .

ولما كانت حقيقته أن المناظر يطالب في الحال صحبة ما مضى سمى استصحابا ولم يسم صحبة أو مصاحبة ؛ إذ الهمزة والسين والتاء تدل على هذا الطلب [١] .

أنواع الاستصحاب وحجيتها

للاستصحاب أنواع وصور متعددة :

النوع الأول : استصحاب عموم الدليل مادام لم يظهر ما يخصصه واستصحاب النص مادام لم يظهر له ناسخ .

فإن احتج مجتهد بعموم نص فقيل له : لعل هناك مخصصا له لم يبلغك كان القول قول المجتهد استصحابا للعموم السابق على دعوى التخصيص .

وإن احتج مجتهد بنص فقيل له : لعل هذا النص قد نسخ كان القول قول المجتهد استصحابا لعدم النسخ السابق .

وهذا النوع لا خلاف فيه فهو معمول به عند الكافة .

لكن البعض منع كونه نوعا من الاستصحاب وذلك لأن ثبوت الحكم فيه ليس من ناحية الاستصحاب وإنما من ناحية اللفظ وهو الدليل العام والنص .

وهذا غير صحيح ؛ وذلك لأن بقاء العام على عمومه عند ادعاء التخصيص وبقاء النص على إحكامه عند ادعاء النسخ هو المستدل

---

(١) تسهيل الوصول للمحلاوى ص ٢٣٧ .

عليه بالاستصحاب ولا دلالة للنص ذاته على هذا البقاء فالنص إنما يدل على ثبوت الحكم فهو دليل الثبوت لكن دليل البقاء غير دليل الثبوت ؛ إذ لو كان دليل الثبوت دليل البقاء ما جاز النسخ أصلا .

وعموما فالخلاف في هذا النوع لفظي ؛ لأن بقاء العام عاما وبقاء النص دون نسخ ثابت عند الجميع [1] ، وإن كان عند من جعلوه نوعا من الاستصحاب ثابتا بالاستصحاب ، وعند غيرهم ثابت بدليله من عام أو نص [2] .

النوع الثاني : استصحاب العدم الأصلي :

ومن هذا : أن الإنسان في الأصل غير مكلف بشيء فإذا ورد الشرع فما كلفه به يصير مكلفا به وما لم يكلفه به يبقى الإنسان غير مكلف به استصحابا لهذا العدم المسمى بالبراءة الأصلية .

فالإنسان لم يكن مكلفا بأية صلاة فورد الشرع بوجوب خمس صلوات فلا يجب على الإنسان صلاة سادسة استصحابا للبراءة الأصلية .

فعدم وجوب صلاة سادسة ليس راجعا إلى ورود تصريح من الشرع بنفيها وإنما هو راجع إلى استصحاب العدم الأصلي ، ولذا تجد الشافعية يقولون لمن قالوا بوجوب الوتر : الأصل عدم الوجوب

---

(١) عند توهم النسخ أو التخصيص .

(٢) حاشية البناني على شرح المحلي على جمع الجوامع ج ٢ ص ٣٤٨ ، وتقرير الشربيني ج ٢ ص ٣٤٨ .

إلى أن يثبت ورود الشرع بالوجوب وهو لـم يثبـت فنحـن متمسـكون باستصحاب هذا الأصل .

وكذلك لم يكن الإنسان مكلفا بصوم فورد الشرع بوجـوب صـوم نـهار رمضان فـلا يجـب علـى الإنسـان صـوم رجـب أو شــوال أو غيرهما من الشهور استصحابا للبراءة الأصلية .

وأيضا فإن الإنسان لم يكـن مكلفـا بـالحج فـأوجب الشـارع الحـج على المستطيع فبقى العاجز غير مكلف به استصحابا للعدم الأصلى .

ومـن هـذا أيضـا أن الأصـل بـراءة ذمـة الإنسـان مــن الحقـوق الواجبات فمن ادعى على آخر دينا وعجز عن إثبات ما ادعـاء حكـم ببراءة ذمة المدعى عليه استصحابا للأصل السابق وهو براءة ذمته ، ومن ادعى على آخر دينا قدره مائة وعجز عن إثباتـه فـأقر المدعـى عليه بأن قدره خمسون فقط كان القول قول المدعى عليه استصحابا للأصل الذى هو براءة ذمته مما زاد .

ومن مات أبوه يرثه دون حاجة إلى أن يقيم بينة على أن أبـاه لـم يرتد أو لم يستدن ديونا تستغرق التركة استصحابا للعدم الأصلى .

ومن اشترى شيئا وادعى دفع ثمنه ولم يقم بينة وأنكر البائع كـان القول قول البائع ؛ لأن الأصل عدم الدفع .

ومن شك بعد دخول وقت الظهر هل صلى أم لا ؟ لزمته الصلاة استصحابا للعدم الأصلى .

وهذا النوع من أنواع الاستصحاب قد ادعى البعض أنه مجمع على العمل به [١] .

لكن الصواب أن فيه خلافا وأن الجمهور رأوا أنه حجة مطلقا أى للإثبات والدفع بمعنى أنه حجة لثبوت الحكم السابق وتقريره كأنه ثابت بدليل جديد كما أنه حجة يدفع بها قول من ادعى تغيير الحال .

وخالفهم الحنفية فرأى أكثرهم أنه ليس حجة ورأى أكثر المتأخرين منهم أنه لا يصلح حجة للإثبات ولكن يصلح للدفع أى أنه لا يصلح حجة لبقاء الأمر على ما كان لكنه يصلح لأن يدفع به قول من ادعى تغيير الحال [٢] .

النوع الثالث :

استصحاب حكم الإباحة الأصلية للأشياء النافعة والتحريم للأشياء الضارة وذلك عند عدم مجيء دليل شرعى بخلاف ذلك .

فالشرع لما جاء قرر عمومات تدل على إباحة ما ينفع الناس وتحريم ما يضرهم ، ومن هذه العمومات قول الله ـ تعالى ـ : (هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الأَرْضِ جَمِيعاً) [٣] وقوله ـ عز وجل ـ : (وَسَخَّرَ

---

(١) الإبهاج فى شرح المنهاج ج ٣ ص ١٨١ ، والبحر المحيط ج ٦ ص ٢٠.

(٢) بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب ج ٣ ص ٢٦٣ ، وإعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٧ ، ص ٢٨ ، وتيسير التحرير ج ٤ ص ١٧٧.

(٣) سورة البقرة : من الآية ٢٩ .

لكُمْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الأَرْضِ جَمِيعاً مِنْـهُ) (١) وقولـه - صلـى الله عليه وسلم - : " لا ضرر ولا ضرار " (٢) .

ثم توالت أدلة الشرع فحرمـت بعض مـا ينفـع كـارتداء الحريـر والطعام والشراب فـى نـهار رمضـان والعمل بعد النداء للجمعـة ، وأباحت أو أوجبت بعض ما يضر ، فتعريض النفس للتهلكـة ضـار لكن الشرع ورد بوجوب الجهاد مع أن فيه هذا التعريض .

ومعلوم أن لكل من هذا التحريم وتلك الإباحة حكما جليلة .

فكل ما لم يرد فى الشرع حرمته مما ينفع فـهو مبـاح استصحابا لحكم الإباحة الأصلية ، وكل ما لم يرد فى الشرع إباحته ممـا يضـر فهو محرّم استصحابا لحكم التحريم الأصلى فيما يضر .

فكل طعام أو شراب لم يوجد فى الشرع ما يدل على حرمته فهو مباح اسـتصحابا لحكـم الإباحـة الأصليـة ، وكـل عقـد يجريـه النـاس لتبادل المنافع والسلع ولم يرد فى الشرع مـا يـدل علـى حرمتـه فـهو مباح استصحابا لحكم الإباحة الأصلية .

وهذا النوع من أنواع الاستصحاب قد دل الشرع على العمل به ، وذلك فى قوله - تعالى - : (**قُلْ لا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَـيَّ مُحَرَّمـاً عَلَـى**

---

(١) سورة الجاثية : من الآية ١٣ .

(٢) رواه ابن ماجة والحاكم وأبو داود - تخريج أحـاديث مختصـر المنـهاج ص ٢٩ .

طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إلا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَماً مَسْفُوحاً أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقاً) [١] ؛ إذ إن هذه الآية الكريمة تفيد أن الشارع الحكيم إذا أراد تحريم شيء نص على تحريمه ، وأن ما لم يحرمه فإنه باق على الإباحة التى كان عليها .

وأيضا فى قوله - جل شأنه - : (**قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ**) [٢] ؛ إذ إن تلك الآية الكريمة قد أنكرت على من يحرم شيئا لم يرد نص بتحريمه فدل ذلك على أن ما لم يرد نص بتحريمه باق على الإباحة .

هذا ، وهذا النوع قريب من النوع السابق من أنواع الاستصحاب ولذا فإن بعض العلماء قد جعلوهما نوعا واحدا ، وعليه فإن الخلاف المذكور فى النوع السابق جار بعينه فى هذا ، وإن كان البعض قد ذكر أنه لا خلاف فيه وأن الاتفاق قائم على العمل به .

النوع الرابع :

استصحاب حكم دل الشرع على ثبوته ودوامه إلى أن يوجد ما يغيره ، ومن صوره :

أ – إذا تيقن شخص أنه محدث ثم شك فى أنه قد توضأ لزمه الوضوء استصحابا لما ثبت وجوده وهو الحدث .

---

(١) سورة الأنعام : من الآية ١٤٥ .
(٢) سورة الأعراف : من الآية ٣٢ .

ب – إذا تيقن شخص أنه قد توضأ ثم شك فى انتقاض وضوئه كان له أن يصلى بلا وضوء جديد استصحابا لما ثبت وجوده وهو الوضوء [١] .

جـ – من تيقن طهارة ماء ثم شك فى نجاسته صح له الوضوء منه استصحابا لما ثبت وجوده وهو الطهارة .

د – إذا ثبت الدين ثم ادعى المدين براءة ذمته بدفع أو إبراء لم يقبل قوله استصحابا لما ثبت وجوده وهو الدين .

هـ – إذا ثبتت ملكية شخص لعقار أو منقول لم يقبل قول من ادعى انتقال الملكية إليه بلا بينة استصحابا لما ثبت وجوده وهو الملكية .

و – من تزوج امرأة كانت حلالا له ولا يقبل قول من ادعى حرمتها عليه لاحتمال الطلاق إلا بدليل يثبت وقوع الطلاق استصحابا لما ثبت وجوده وهو الزواج .

ز – من شك هل طلق واحدة أو ثلاثا لم يلزمه إلا واحدة استصحابا لما ثبت وجوده وهو النكاح ؛ إذ إننا لو ألزمناه الثلاث رفعنا ما تيقنا وجوده وهو النكاح بمشكوك فيه .

---

(١) يرى المالكية أن من شك فى الوضوء لا يصلى بدون وضوء جديد وذلك لأن ذمته مشغولة يقينا بالصلاة فلا يبرأ منها إلا بيقين .

ى – من تيقنا وجوده ثم فقد ولا نعلم أنه حى أو ميت حكمنا ببقاء حياته استصحابا لما ثبت وجوده وهو الحياة ولا نحكم بموته إلا إن قام الدليل على خلاف ذلك .

هذا ، وقد ذكر بعض [١] من العلماء أنه لا خلاف فى وجوب العمل بهذا النوع من الاستصحاب ؛ إذ إن الشرع قد دل على العمل به ، وذلك لأنه منع المصلى الذى دخل فى الصلاة بطهارة متيقنة من الخروج منها بالشك فى الحدث ، بل نهاه عن الخروج حتى يسمع صوتا أو يشم ريحا .

ومنع من وجد على الصيد كلابا مع كلبه من الأكل منه معللا ذلك بأنه سمى على كلبه ولم يسم على غيره ، ولما كان الأصل فى الصيد الحرمه وشك فى وجود الشرط المبيح وهو التسمية بقى الصيد على أصله .

وأمر الشارع من شك فى عدد الركعات التى صلاها أن يبنى على الأقل وذلك بقوله : " إذا شك أحدكم فى صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثا أم أربعا فليطرح الشك وليبن على ما استيقن " [٢] .

وإن كان قد وقع تنازع فى بعض صور هذا النوع فمرجعه أن تلك الصور قد تجاذبها أصلان متعارضان فعورض الاستصحاب باستصحاب آخر أو أنه قد ثبت عند المنازع ناقل عن الحالة الأولى .

---

(١) إعلام الموقعين ج ٢ ، ص ٢٨ ، ٢٩ .
(٢) رواه البيهقى - نيل الأوطار ج ٣ ص ١١٤ .

ومن هذا : أن الإمـام مالكا قد خالف فى الصورة الثانية من الصور المذكورة فمنع من شك بعد وضوئه هل أحدث أم لا من الصلاة حتى يتوضأ ؛ وذلك لأنه وإن كان الأصل بقاء طهارته فإن الأصل بقاء الصلاة فى ذمته .

ومنه أيضا أن المالكية احتجوا على طهارة سؤر الكلب بسلامته من مخالطة النجاسة قبل الولوغ فلزم استصحاب ذلك حتى تقع مخالطة النجاسة فيقول المخالف : قد وجد ناقل هو الولوغ فإنه مظنة المخالطة إذ إنها غالب حال الكلاب .

هذا ما ذكره بعض العلماء [١] ، لكن الصواب أن فيه خلافا فالجمهور يرون حجيته مطلقا ، أما الحنفية فقد خالفوا فقال أكثرهم إنه ليس حجة ورأى أكثر المتأخرين منهم أنه لا يصلح حجة للإثبات ولكن يصلح حجة للدفع [٢] .

فالخلاف فى هذا النوع كالخلاف فى سابقه .

وبهذا يظهر لك أن الاتفاق قائم على العمل بالنوع الأول من أنواع الاستصحاب وإن رأى البعض أنه ليس نوعا من أنواع الاستصحاب أصلا ، أما الأنواع الثلاثة - الثانى والثالث والرابع - فقد ادعى البعض أن الاتفاق قائم على العمل بكل نوع منها ، لكن ظهر

---

(١) إعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٩ .
(٢) أصول الفقه - أبو زهرة ص ٢٣٦ ، ٢٣٧ .

لك أن دعوى الاتفاق بين ... صحيحة وأن كل نوع من هذه الأنواع الثلاثة محل خلاف وأن الخلاف قد جرى فيها على نسق واحد .

النوع الخامس :

استصحاب حكم ثابت بالإجماع فى محل النزاع كأن يجمع على حكم فى حال ثم تتغير صفة المجمع عليه فيقع فيه خلاف فيستدل من لم يغير الحكم بالاستصحاب .

ومثال هذا :

احتجاج من يقول إن الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء بأن الإجماع منعقد على بقاء الوضوء قبل خروجه فاستصحب إلى أن يدل دليل على أن خروجه ناقض للوضوء .

واحتجاج من لا يرى أن رؤية المتيمم الماء فى أثناء الصلاة تبطلها بأن الإجماع منعقد على صحتها قبل رؤية الماء فاستصحب هذا الحكم بعد رؤية الماء حتى يقوم دليل على أن رؤية الماء مبطلة .

وقد رأى الحنفية والحنابلة وجمهور المالكية أن هذا النوع من الاستصحاب ليس حجة .

ورأى داود الظاهرى والمزنى وابن سريج والصيرفى وبعض

آخر أنه حجة [١] .

ورجح الآمدى وابن الحاجب والشوكانى وابن القيم أنه حجة [٢] .

وقد نسب كل من القولين إلى الشافعى فنسب بعض القول الأول إليه ونسب بعض آخر القول الثانى له [٣] .

وعموما فهذا النوع من الاستصحاب قلما يتم .

هذا ، ويتضح من النظر إلى من قالوا بحجية الاستصحاب ومن قالوا بعدم حجيته أو خصصوها أن الحنفية الذين توسعوا فى باب الاستدلال بالرأى قل اعتمادهم على الاستصحاب ؛ وذلك لأنه كلما كثرت طرائق الاستدلال وجدت أمور مغيرة لما يستصحب ، كما يتضح أن الظاهرية والشافعية والحنابلة الذين قللوا من الاستدلال بالرأى اكثروا من اعتبار الاستصحاب والاعتماد عليه [٤] .

---

(١) الإبهاج ج ٣ ص ١٨٢ ، وشرح المحلى على جمع الجوامع ج ٢ ص ٣٥٠ ، وإعلام الموقعين ج ٢ ص ٣٠ .

(٢) الإحكام ج ٣ ص ١٢٧ ، وشرح العضد لمختصر ابن الحاجب وحاشية السعد ج ٢ ص ٢٨٤ ، ٢٨٥ ، وإعلام الموقعين ج ٢ ص ٣٠ ، وإرشاد الفحول ص ٢٣٨ ، واللمع فى أصول الفقه ص ٦٩ .

(٣) البحر المحيط ج ٦ ص ٢٢ ، وتخريج الفروع على الأصول للزنجانى ص ٧٣ .

(٤) أصول الفقه - أبو زهرة ص ٢٤١ .

الأدلة والمناقشة والترجيح

علمت أن هناك خلافا في حجية أنواع الاستصحاب ، وأن الخلاف لفظي في النوع الأول وأنه قد جرى على نسق واحد في الأنواع الثلاثة التالية للنوع الأول حيث قال الجمهور بحجية هذه الأنواع ، وخالفهم الحنفية فقال أكثرهم بعدم حجيتها وقال كثير من متأخريهم إنها حجة للدفع لا للإثبات .

أما النوع الخامس الأخير فقد قال الجمهور بعدم حجيته ، وقال جمع من العلماء بحجيته ، واختار كثير من محققي الأصول القول بالحجية .

وسوف أسوق هنا أدلة كل فريق مبتدئا ببيان أدلة الأقوال في حجية الأنواع الثلاثة ثم أتبعها ببيان أدلة القولين في حجية النوع الخامس .

أولا : أدلة المختلفين في حجية الأنواع الثلاثة :

هذه الأدلة بعضها للجمهور القائل بحجية تلك الأنواع الثلاثة وبعضها لأكثر الحنفية القائلين بعدم حجيتها ، وبعضها الأخير لمتأخري الحنفية القائلين بحجيتها في الدفع لا في الإثبات ، وسوف نذكر كل نوع من تلك الأنواع على حدة معقبين على ما نذكره من أدلة بما ورد عليه من مناقشات كلما رأينا أنها جديرة بالذكر .

أ - أدلة الجمهور القائلين بأن هذه الأنواع الثلاثة من الاستصحاب حجة [١] :

الدليل الأول :

ما ثبت فى الماضى من وجود أمر أو عدم وجوده ولم يظهر زواله ظن بقاؤه ؛ إذ لو لم يظن بقاؤه لترتب على ذلك ما يلى :

١ - ألا تثبت معجزة لنبى إطلاقا وذلك لأن المعجزة فعل خارق للعادة ولا يتم هذا الخرق إلا عند تقرر العادة فى الأذهان أى العلم بأن الشئ الذى ثبت وقوعه على وجه مخصوص لو وقع ما وقع إلا على ذلك الوجه المخصوص .

٢ - ألا تكون الأحكام الثابتة فى عهد النبى - صلى الله عليه وسلم - مجزوما ببقائها فى زماننا وذلك لأن طريق ثبوتها فى زماننا هو ظن بقاء ما كان على ما كان .

٣ - أن يتساوى الشك فى الطلاق مع سبق العقد والشك فى عقد النكاح وذلك لتساويهما فى عدم حصول الظن بما مضى مادمنا لن نظن بقاءه .

٤ - أنه لا يجوز للعقلاء الشهادة بالدين على من أقر به قبل ذلك ولا يجوز لهم مراسلة من علموا وجوده قبل ذلك بمدد متطاولة

---

(١) بيان المختصر ج ٣ ص ٢٦٤ ، وشرح العضد لمختصر ابن الحاجب ج ٢ ص ٢٨٥ ، والإبهاج ج ٣ ص ١٨٣ ، ص ١٨٤ ، وشرح مختصر الروضة ج ٣ ص ١٥٠ .

وإرسال الكتب والهدايا إليه وذلك لأنه لا شئ يسوغ لهم ذلك إلا ظنهم بقاء ما كان على ما كان [١] .

وكل تلك الأمور باطلة ، أما الأول والثانى فللإجماع على وقوع المعجزات وبقاء الأحكام الشرعية التى ثبتت فى عهد النبى - صلى الله عليه وسلم - ثابتة فى زماننا وأما الثالث فللإجماع على بطلان تساوى الشك فى الطلاق والشك فى النكاح وأن الشاك فى الطلاق يباح له الوطء دون الشاك فى النكاح ، وأما الرابع فللعلم القطعى بأن العقلاء يقع منهم ذلك .

وإذا بطلت هذه الأمور بطل ما أدى إليها وهو عدم ظن بقاء ما ثبت فى الماضى من وجود أمر أو عدم وجوده وثبت نقيضه وهو ظن بقاء ما ثبت فى الماضى ، والظن حجة متبعة فى الشرعيات .

ولا قيمة لما اعترض به على الوجه الثانى من أنه يجوز الجزم ببقاء الأحكام فى زمننا بدليل آخر غير الاستصحاب مثل تواتر إيجاب العمل فى كل شريعة بها لأهلها إلى ظهور الناسخ [٢] .

وذلك لأن تواتر إيجاب العمل إذا جاز دليلا لبقاء مجموع الشريعة فإنه ليس دليلا لبقاء كل حكم من أحكامها على حده إذ يجوز مع تواتر بقائها نسخ بعض الأحكام التى تضمنتها ، واحتمال نسخ

---

(١) الإحكام للآمدى ج ٣ ص ١٢٣ ، والتلويح على التوضيح ج ٢ ص ٢٠٢ .
(٢) تيسير التحرير ج ٤ ص ١٧٧ .

بعض مجهول يرفع الجزم ببقاء كل حكم من الأحكام وهذا واضح البطلان فلابد من القول بالاستصحاب كدليل على بقاء الأحكام فى زماننا .

وكذلك فإنه لا قيمة لما اعترض به على الوجه الرابع من أن ذلك إنما جاز منهم لاحتمال إصابة الفرض فيما فعلوا ، وأن هذا ليس إلا كاستحسان الرمى لقصد الإصابة لاحتمال حدوثها وإن لم تكن ظاهرة بل مساوية لعدم الإصابة أو مرجوحه (١) .

وذلك لأن إقدام العقلاء على الفعل لغرض متوهم وليس ظاهرا إنما يكون فى الأمور التى لا مشقة فى فعلها ولا خطر كما فى مسألة الرمى المذكورة فى الاعتراض ، أما ما فى فعله خطر ومشقة فإن العقلاء لا يقدمون على فعله إلا لغرض ظاهر راجح على خطر هذا الفعل ومشقته ، فهم لا يعانون المشاق فى الأسفار ويركبون متن الجو والبحار بغير مصلحة ظاهرة لهم فى ذلك ، ومن أقدم منهم على شئ من ذلك مع عدم ظهور المصلحة اعتبروه سفيها مضطرب العقل ، وما ذكرناه من أمثلة فى الدليل كإرسال الرسل إلى من طالت غيبته والشهادة بالدين على من سبق أن أقر به من هذا القبيل (٢) .

---

(١) الإحكام للآمدى ج ٣ ص ١٢٤ .
(٢) الإحكام للآمدى ج ٣ ص ١٢٦ .

الدليل الثانى :

ظن بقاء ما كان راجح على ظن تغيره وذلك لأن البقاء يتوقف على وجود الزمن الثانى ومقارنة الباقى له سواء أكان وجودا أم عدما ، أما التغير فإنه متوقف على ذلك وعلى أمرين آخرين هما التبدل - أى تبدل العدم بالوجود أو الوجود بالعدم - وعلة موجبة لهذا التبدل [1] ، ومعلوم أن ما لا يفتقر إلى شئ راجح على ما يفتقر إليه، فظن بقاء ما كان راجح على ظن تغيره ، والاتفاق قائم على وجوب القول بالراجح والعمل به ، فيجب القول ببقاء ما كان ، ولا معنى للاستصحاب إلا ذلك [2] .

الدليل الثالث :

عمل الجميع بالاستصحاب ظاهر فى فروع المذاهب ، ويدل على هذا : قول الكافة ببقاء الزوجية والملك ونحوهما مع طرو الشك فى طريان الضد فالاستصحاب معتبر بالإجماع [3] .

والقول بأن هذه الفروع ليست مبنية على الاستصحاب بل إن بقاءها ثابت بدليل آخر هو نفس الدليل الذى ثبتت به ، ويؤكد هذا أن هذه الأحكام لا يصح تأقيتها [4] .

---

(١) بقاء علة ما كان كافية لبقائه فلا يحتاج إلى تجدد علة .
(٢) الإحكام للآمدى ج ٣ ص ١٢٣ .
(٣) التلويح على التوضيح ج ٢ ص ٢٠٣ ، وتيسير التحرير ج ٤ ص ١٧٧ .
(٤) كشف الأسرار على أصول البزدوى ج ٣ ص ١١٠١ ، والتلويح ج ٢ ص ٢٠٣ ، والمغنى فى أصول الفقه ص ٣٥٩ .

قول مردود عليه :

بأن دليل الثبوت لا يصلح دليلا على البقاء إلا إذا انضم إليه ظن انتفاء المغير أو العلم بعدم المغير [١] ، وذلك لأن ثبوت بقاء الملك مثلا بالشراء ليس كثبوت الملك به بل إن الأول يحتمل الانتقاض بطرو القاطع للملك وثبوت الملك لا يحتمله .

فمثلا : الشراء وشهادة الشهود على أن فلانا امتلك عقارا يوم كذا من سنة كذا يثبتان ملكيته العقار فى هذا الوقت لكنهما لا يصلحان دليلا على ملكيته إياه بعد إلا إذا انضم إليهما ما يوجب استصحابهما وهو العلم بعدم المغير أو ظن انتفاء المغير ؛ إذ إن الشراء أوجب الملك لكنه لم يوجب بقاءه ولا يمنع حدوث ما يزيله وإنما يبقى الملك بعدم طرو ما يزيله ، وكذلك عقد النكاح فإنه يفيد الزوجية فى وقته لكنه لا يصلح دليلا على بقائه بعد سنين ؛ إذ إنه أوجده لكنه لم يوجب بقاءه ولا يمنع حدوث ما يزيله وإنما يبقى النكاح بعدم طرو ما يزيله.

ب - أدلة أكثر الحنفية القائلين إن الأنواع الثلاثة من أنواع الاستصحاب ليست حجة :

الدليل الأول :

الثبوت فى الزمن الماضى يفتقر إلى الدليل فكذلك يكون فى الزمن اللاحق ؛ لأنه يجوز أن يبقى ما كان وألا يبقى ، ولا دليل

---

(١) كما هو الحال فى الاستصحاب .

على البقاء إلا الاستصحاب ؛ لأن العقل لا يدل على بقاء الحكم الشرعى بعد ثبوته وكذلك فإن الأدلة الشرعية - الكتاب والسنة والإجماع والقياس - لم يدل شئ منها على بقاء الحكم بعد الثبوت فلا دليل على البقاء سوى الاستصحاب وهو لا يصلح دليلا فالعمل به عمل بلا دليل [1] .

وأجيب عن هذا الدليل :

بأن البقاء فى الزمن اللاحق ثابت بالاستصحاب والقول بأن الاستصحاب ليس دليلا هو عين المتنازع فيه فإنكار كونه دليلا لا يصلح دليلا هنا [2] .

الدليل الثانى :

لو كان الأصل بقاء ما كان على ما كان لكانت بينة النافى وهو المدعى عليه مقدمة على بيُنة المثبت وهو المدعى لأنها - بينة النافى - مؤيدة باستصحاب البراءة الأصلية فيكون الظن الحاصل بها أقوى ، لكن هذا باطل ؛ لأن الإجماع قائم على أن البينة لا تقبل أصلا من المدعى عليه وتقبل من المدعى [3] .

---

(١) كشف الأسرار على أصول البزدوى ج ٣ ص ١٠٩٩ ، وتيسير التحرير ج ٤ ص ١٧٧ ، وفواتح الرحموت ج ٢ ص ٣٥٩ ، والبحر المحيط ج ٦ ص ١٧ ، وإرشاد الفحول ص ٢٣٧ .

(٢) شرح العضد لمختصر ابن الحاجب ج ٢ ص ٢٨٥ ، وأصول الفقه - محمد أبو النور زهير ج ٤ ص ١٨٠ .

(٣) الإحكام للآمدى ج ٣ ص ١٢٥ ، وشرح العضد لمختصر ابن الحاجب ج ٢ ص ٢٨٥.

وأجيب عن هذا الدليل أيضا :

بأن بينة النافى لم يقوها الاستصحاب لأنها لم تفد ظنا أصلا ؛ لأنه لا يستبعد غلط النافى فى ظن الموجود معدوما ، وإنما يحصل الظن ببينة المثبت لأنه يبعد غلطه فى ظن المعدوم موجودا (١) .

وأيضا فإن تقديم الشهادة المثبتة على النافية المعتضدة بأصل براءة الذمة راجع إلى اطلاع المثبت على السبب الموجب لمخالفة هذا الأصل وعدم اطلاع النافى عليه وذلك لإمكان حصوله حال غيبة النافى عن المنكر حيث يتعذر دوام صحبته له واطلاعه على كل أحواله فى جميع الأوقات (٢) .

الدليل الثالث :

القياس جائز كما هو ظاهر واضح وجوازه يستلزم انتفاء ظن بقاء ما كان على ما كان لأنه رافع للحكم الذى كان بدليل أنه يثبت به أحكام لولاه ما كانت فلا يحصل الظن ببقاء ما كان على ما كان إلا عند عدم وجود قياس يرفعه ولا يمكن القول بهذا العدم لعدم تناهى الأصول التى يمكن القياس عليها فمن أين للعقلاء الإحاطة بها ؟

فالحكم بعدم وجود قياس رافع لبقاء ما كان على ما كان مع احتمال وجوده باطل لأنه تحكم فبطل الظن ببقاء ما كان على ما كان .

---

(١) شرح العضد ج ٢ ص ٢٨٥ .
(٢) الإحكام للآمدى ج ٣ ص ١٢٧ ، وبيان المختصر ج ٣ ص ٢٦٦ .

وأجيب عن هذا الدليل :

بعدم الحاجة إلى القطع بعدم القياس الرافع ؛ إذ إن ظن عدم وجوده كاف وهو - أى هذا الظن - حاصل على تقدير عدم الوجدان بعد البحث والتحرى ، ومجرد احتمال وجود قياس رافع لا ينافى ظن انتفائه بل يلاز وإنما الذى ينافى هذا الظن هو الاحتمال المساوى أو الراجح [1] .

الدليل الرابع :

لو كان الأصل بقاء ما كان على ما كان لكان حدوث جميع الحوادث مخالفا للأصل ؛ إذ الأصل حينئذ هو استمرار عدمها .

وأجيب عن هذا :

بأن الأصل قد خولف فى الحوادث لمعارض هو وجود السبب الموجب للحدوث ومن المعلوم أن نفى حكم الدليل مع وجوده لمعارض أولى من القول بعدم كونه دليلا مع ظهور دلالته [2] .

الدليل الخامس :

القول بالاستصحاب يؤدى إلى تعارض الأدلة ، وما يؤدى إلى تعارضها باطل .

ومثال هذا : ما إذا قيل : إن المتيمم إذا رأى الماء قبل صلاته وجب عليه الوضوء فكذلك إذا رآه بعد الدخول فى الصلاة استصحابا للوجوب قبل الدخول .

---

(١) حاشية السعد على شرح العضد ج ٢ ص ٢٨٥ ، ٢٨٦ .
(٢) الأحكام للآمدى ج ٣ ص ١٢٥ ، ١٢٧ .

فإنـه يمكـن أن يعـارض بـالقول بـأن الاتفـاق قـائم علــى صحــة شروعه فى الصلاة وقد وقع الشك فى بقـاء تلـك الصحـة بعـد رؤيـة الماء أثناء الصلاة فتبقى تلك الصحة بالاستصحاب [١] .

ويمكن أن يجاب عن هذا :

بعدم التسليم بأن مـا يـؤدى إلـى تعـارض الأدلـة بـاطل فكـل مـن الاشـتراك اللفظـى والمجـاز والإضمـار والإجمـال وتعـدد الروايـات والأصول التى يقاس عليها قد ينشأ عنه تعارض الأدلة ، ولم يقل أحد ببطلان شئ من ذلك .

الدليل السادس :

مذهب الشافعى أنه لا يجزئ فى الكفارة عتق العبد الـذى انقطـع خبره ولم نعلم حياته ولا موته ، ولو كان الأصل بقاء ما كان على ما كان لأجزأ .

وأجيب عن هذا :

بأن مذهب الشافعى الإجزاء ولو سلمنا أن مذهبـه عـدم الإجـزاء فمرجعه أن الذمة مشغولة بالكفارة يقينا فبراءة الذمه منها لا تحصـل إلا إن كان وجود العبد الذى سيعتق متيقنا [٢] .

---

(١) كشف الأسرار على أصول البزدوى ج ٣ ص ١١٠ .
(٢) الإحكام للآمدى ج ٣ ص ١٢٥ ، ١٢٧ .

جـ - دليل متأخرى الحنفية القائلين بأن الأنواع الثلاثة حجة للدفع لا للإثبات [1] :

الدليل المثبت لحكم فى الشرع لا يوجب بقاءه فلا يكون البقاء ثابتا بدليل بل بناء على عدم العمل بالدليل المزيل مع احتمال وجوده فلا يصلح حجه على الغير ، لكن المجتهد لما بذل الجهد فى طلب الدليل المزيل ولم يظفر به جاز له العمل إذ ليس فى مقدوره وراء ذلك كما جاز له العمل بالتحرى عند الاشتباه .

وإنما كان الدليل المثبت لحكم فى الشرع لا يوجب بقاءه ؛ لأن البقاء غير الوجود وإنما هو عرض من أعراضه بدليل أن الشئ فى أول وجوده لا يوصف به إذ يقال : وجد ولا يقال له في ذلك الوقت : بقى ، فإن استمر وجوده صح اتصافه بالبقاء بعد أن كان غير صحيح ، فالبقاء لم يكن ثم كان ، وأيضا فإن البقاء لا يقوم بنفسه حقيقة كسائر الصفات ، فالبقاء غير الوجود وهو عرض من أعراضه فلا يصلح دليل وجود الحكم دليلا لبقائه الذى هو غيره وبمنزلة العرض القائم به .

ومثل هذا : الإيجاد فهو لا يوجب البقاء لأن حكمه الوجود لا غير أى أن الإيجاد لما كان علة للوجود لا للبقاء لم يثبت به البقاء حتى صح الإفناء بعد الإيجاد ولو كان الإيجاد موجبا للبقاء مثلما كان

---

(١) كشف الأسرار على أصول البزدوى ج ٣ ص ١١٠٠ .

موجبا للوجود ما صح الإفناء بعد الإيجاد لاستحالة الفناء مع وجود المبقى ولما صح الإفناء علمنا أن الإيجاد لا يوجب البقاء فكذا الحكم لما احتمل النسخ بعد الثبوت علمنا أن دليل ثبوته لا يوجب البقاء لاستحالة الجمع بين المثبت والمزيل .

ويمكن أن يجاب عن هذا الدليل بما يلى :

١ - الأغراض نوعان :

الأول : قارٌ الذات كالألوان وسيَّال ليس بقار الذات كحركات الأشياء والقار يوجد دفعة واحدة ويستمر ، والسيال يوجد شيئا فشيئا، وعدم كل جزء من أجزائه يتعقب وجوده وبقاؤه يكون بتواصل أجزائه ، وبقاء الموجود عرض قار كالسواد والبياض ؛ لأن بقاء الشئ معناه استمرار وجوده واستمرار وجود الشئ صفة ثابتة قاره لا يدرك سيلانها عدما أو وجودا كالحركة مثلا فهو عرض قار لا سيال ، والعرض القار لا يفتقر إلى مؤثر ، كالسواد فهو لا يفتقر فى اسوداده إلى مسوِّد فبقاء الموجود لا يفتقر إلى المؤثر فدليل وجود الحكم يفيد بقاءه لكن لا مطلقا بل طالما لم يوجد المغير .

فالحكم الشرعى إذا ثبت بقى ، والدليل المثبت لوجوده دليل بقائه طالما يوجد ما يزيل هذا البقاء .

---

(١) انظر شرح مختصر الروضة ج ٣ ص ١٤٩ ، ١٥٠ .

٢ - الاجتهاد فى طلب الدليل المغير والمزيل للبقاء وعدم الظفر به إذا صدر ممن هو مجتهد ومطلع على مدارك الأدلة وقادر على الاستقصاء والبحث وشديد الاهتمام والعناية - أدى إلى غلبة الظن بعدم الدليل المغير وببقاء ما كان على ما كان ، وهذا الظن حجة فى الشرع ؛ لأنه ظن استند إلى بحث واجتهاد .

فدليل الثبوت إذا كان لا يوجب البقاء لكن إذا انضم إليه غلبة الظن بعدم المزيل للثبوت غلب على الظن بقاء ما كان على ما كان .

وهذا الظن المبنى على البحث والاجتهاد ينزل منزلة العلم فى وجوب العمل به للأحاديث الواردة التى معناها أنا أمرنا أن نحكم بالظاهر [1] ، فيصح إلزام الغير به .

ثانيا : أدلة المختلفين فى حجية النوع الخامس من أنواع الاستصحاب

أ - أدلة القائلين بعدم حجيته :

الدليل الأول :

القول بثبوت الطهارة وصحة الصلاة فى محل النزاع - أى بعد خروج الخارج النجس من غير السبيلين أو بعد رؤية المتيمم الماء فى أثناء الصلاة - لا يجوز أن يكون لا لدليل لمخالفة ذلك للإجماع فتعين كونه لدليل ، والدليل إما نص أو قياس لأن الإجماع فى محل

---

(١) غير ثابت بهذا اللفظ وهو مروى بالمعنى من أحاديث صحيحة كحديث : إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلى .. كشف الخفا (١ / ٢٢١ - ٢٢٣) ، وشرح صحيح مسلم للنووى ج ٧ ص ١٦٣ .

النزاع منتف ، ولو كان الدليل نصا أو قياسا لم يكن ثبوت الحكم فـى محل النزاع مبنيا على الاستصحاب بل على هذا النص أو القياس .

وأجيب عن هذا الدليل :

بعدم التسليم بانحصار الدليل فى النص والإجماع والقياس إلا بعد إثبات أن الاستصحاب ليس دليلا وهذا هو عين محل النزاع (١) .

الدليل الثانى :

الإجماع كان على الصفة التى كانت قبل محل الـنزاع كالإجمـاع على الطهارة وصحة الصلاة قبل خروج النجس الخـارج مـن غـير السبيلين وكالإجماع على الطهارة وصحة الصلاة قبل رؤية الماء فى الصلاة ، أما بعد الخروج أو الرؤية فلا إجماع لأن الخلاف قد وجـد ولا إجماع مع الخلاف ، لأن الخلاف يضاد الإجماع ، فليس هناك ما يستصحب ، لأن الاستصحاب يكون لأمر ثابت فيستصحب ثبوتـه أو لأمر منتف فيستصحب نفيه (٢) .

وأجيب عن هذا :

بأن القول بأنه لا إجماع فى محل النزاع حق لكن الذى ليس حقا هو القول بأنه ليس هناك ما يستصحب ؛ إذ إن هناك الإجماع السابق الذى لم يثبت ما يزيله (٣) .

---

(١) الإحكام ج ٣ ص ١٢٧ .
(٢) إعلام الموقعين ج ٢ ص ٣١ ، وشرح مختصر الروضة ج ٣ ص ١٥٧.
(٣) إعلام الموقعين ج ٢ ص ٣١ .

الدليل الثالث :

الحكم قبل وقوع ما أدى إلى النزاع كان ثابتا بالإجماع فلما وقع ما أدى إلى النزاع زال الإجماع فيزول الحكم بزوال دليله إذ لو ثبت بعد ذلك لكان ثابتا بغير دليل .

وأجيب عن هذا :

بأن الإجماع ليس علة ثبوت الحكم ولا سبب ثبوته فى نفس الأمر حتى يلزم من زوال العلة زوال معلولها ومن زوال السبب زوال حكمه وإنما الإجماع دليل عليه وهو فى نفس الأمر مستند إلى نص أو معنى نص فالحكم كان ثابتا وكل ما حصل بالإجماع هو أننا علمنا ثبوته به ، فلا يلزم من زوال الإجماع زوال الحكم بل يمكن أن يكون باقيا ويمكن أن يكون منتفيا لكن يترجح البقاء لأمرين : أحدهما : أنه الأصل وثانيهما : أن ما يفتقر إليه التغير أكثر مما يفتقر إليه البقاء ، والمفتقر إلى الأقل أولى مما يفتقر إلى الأكثر ، وبيان هذا :

أن البقاء لا يفتقر إلى سبب حادث، ولكن يفتقر إلى بقاء سبب ثبوته ، وأما التغير فإنه يفتقر إلى ما يزيل الحكم الأول، وإلى ما يحدث الحكم الثانى [1] .

---

(١) إعلام الموقعين ج ٢ ص ٣١ .

ب – دليل القائلين بحجية النوع الخامس من أنواع الاستصحاب :

إن تغير حال ووصف المحل الذى كان مجمعا على حكمه قبل التغير كتغير زمانه ومكانه وشخصه وتغير هذه الأمور لا يمنع استصحاب الحكم الثابت له قبل التغير فكذلك تغير وصفه وحاله لا يمنع استصحاب الحكم الثابت له من قبل حتى يقوم دليل على أن الشارع الحكيم جعل ذلك الوصف الحادث مزيلا للحكم ومثبتا لحكم آخر كما جعل الدبغ مزيلا لحكم نجاسة الجلد ومثبتا لحكم آخر هو طهارته وكما جعل تخليل الخمرة مزيلا لحكم نجاستها وحرمتها ومثبتا لحكم آخر هو طهارتها وحلها ، وحينئذ فلا يجوز التمسك بالاستصحاب ، أما مجرد النزاع فى النجس الخارج من غير السبيلين وفى رؤية الماء فى الصلاة فإنه لم يقم دليل على أن الشارع جعله مزيلا للحكم السابق ومثبتا لحكم آخر [١] .

وبعـد :

فهذه أدلة كل فريق من المثبتين لحجية أنواع الاستصحاب والنافين لها والمخصصين إياها بحالة الدفع دون حالة الإثبات قد أوردناها وبينا ما ورد عليها من مناقشات وأجوبة .

وقد تبين لك بجلاء تام بعد هذا العرض المسهب قوة أدلة من قالوا بحجية الاستصحاب مطلقا فى جميع الأنواع المذكورة وضعف

---

(١) إعلام الموقعين ج ٢ ص ٣١ .

أدلة من قالوا بعدم تلك الحجية أو بتخصيصها بحالة الدفع دون حالة الإثبات .

ولذا فإننا نرجح القول بحجية الاستصحاب مطلقا .

ومما يزيدنا تمسكا بالقول بتلك الحجية أن من لا يقول بالاستصحاب يلزمه أن يطلب كل وقت تجديد الدليل على لزوم التكاليف الشرعية وعلى صحة نكاحه امرأته وصحة ملكه ما يملك ، ثم إن المخالف فى حجية الاستصحاب إما أن يحكم بحكم آخر من عنده فيما سبق أن ورد فيه نص ، وإما أن يقف فلا يحكم بشئ أصلا لا بالحكم الذى كان ولا بغيره ، فإن توقف فتوقفه حكم لم يأته به نص وتركه حكم النص الذى علم صحته خطأ عظيم وكلا الأمرين لا يجوز ، وإن حكم بحكم آخر من عنده كان مبطلا لحكم الله وشارعا من عند نفسه شرعا لم يأذن به الله وكلا الأمرين أيضا لا يجوز [١] .

وأيضا فالاستصحاب كما قال الفخر الرازى [٢] : " لابد منه فى الدين والشرع والعرف أما فى الدين فلأنه لا يتم الدين إلا بالاعتراف بالنبوة ولا سبيل إليه إلا بواسطة المعجزة ولا معنى للمعجزة إلا فعل خارق للعادة ولا يحصل فعل خارق للعادة إلا عند تقرر العادة ولا معنى للعادة إلا أن العلم بوقوعه - على وجه مخصوص فى الحال -

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام - ابن حزم ج ٥ ص ٧٧٢ .
(٢) المحصول ج ٢ ق ٣ ص ١٦٣ ، ١٦٤ ، ١٦٥ .

يقتضى اعتقاد أنه لو وقع لما وقع إلا على ذلك الوجـه ، وهـذا عيـن الاستصحاب .

وأما فى الشـرع فلأنـا إذا عرفنـا أن الشرع تعبدنـا بالإجمـاع أو بالقياس أو بحكم من الأحكام فلا يمكننا العمل به إلا إذا علمنا أو ظننا عدم طريان الناسخ فإن علمنا ذلك بلفظ أو آخر افتقرنا فيه إلى اعتقاد عدم النسخ أيضا ، فإن كان ذلك بلفـظ آخـر أيضـا تسلسل إلـى غير النهايـة ، وهـو محـال ، فلابـد أن ينتـهى آخـر الأمـر إلـى التمسـك بالاستصحاب وهو أنَّ علمنا بثبوته فى الحال يقتضى ظن وجوده فى الزمان الثانى .

وأيضا فالفقهاء بأسرهم على كثرة اختلافهم اتفقوا علـي أنّـا متـى تيقنا حصول شئ وشككنا فى حدوث المزيل أخذنا بالمتيقن وهذا عين الاستصحاب لأنهم رجحوا بقاء الباقى على حدوث الحادث .

وأما العرف فلأن من خرج من داره وترك أولاده فيها على حالة مخصوصة كان اعتقاده لبقائهم على تلـك الحالـة التـى تركـهم عليـها راجحا على اعتقاده لتغير تلك الحالة .

ومن غاب عن بلده فإنه يكتـب إلـى أحبابـه وأصدقائـه عـادة فـى الأمور التى كانت موجودة حال حضوره وما ذاك إلا لأن اعتقاده فى بقاء تلك الأمور راجح على اعتقاده فى تغيرها .

بل لو تأملنا لقطعنا بأن أكثر مصالح العالم ومعاملات الخلق مبنى على القول بالاستصحاب .

فالقول بالاستصحاب - كما قال القرطبى - : " لازم لكل أحد لأنه أصل تبنى عليه النبوة والشريعة فإنا إن لم نقل باستمرار حال تلك الأدلة لم يحصل العلم بشئ من تلك الأمور " (١) .

وهو بحق كما قال الشيخ / عبد الوهاب خلاف (٢) : " طريق فى الاستدلال فطر عليه الناس وساروا عليه فى جميع تصرفاتهم وأحكامهم ، فمن عرف إنسانا حيا حكم بحياته وبنى تصرفاته على هذه الحياة حتى يقوم الدليل على وفاته ومن عرف فلانة زوجة فلان شهد بالزوجية مادام لم يقم له دليل على انتهائها ، وهكذا كل من علم وجود أمر حكم بوجوده حتى يقوم الدليل على عدمه ، ومن علم عدم أمر حكم بعدمه حتى يقوم الدليل على وجوده .

وقد درج على هذا القضاء فالملك الثابت لأى إنسان بسبب من أسباب الملك يعتبر قائما حتى يثبت ما يزيله ، والحل الثابت للزوجين بعقد الزواج يعتبر قائما حتى يثبت ما يزيله ، والذمة المشغولة بدين أو بأى التزام تعتبر مشغولة به حتى يثبت ما يخليها منه ، والذمة البريئة من شغلها بدين أو التزام تعتبر بريئة حتى يثبت ما يشغلها ، والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره " .

(١) البحر المحيط ج ٦ ص ٢٥ .
(٢) أصول الفقه ص ٩٢ .

وكما قال الشيخ / محمد أبو زهرة [١] : " الاستصحاب قام الدليل على الأخذ به من الشرع ومن العقل ، أما الشرع فقد ثبت بالاستقراء للأحكام الشرعية أنها تبقى على ما قام الدليل عليه حتى يقوم دليل على التغيير فالأنبذة المسكرة قرر الشارع حرمتها إلا إذا تغيرت أوصافها فزالت عنها صفة الإسكار بتحولها إلى خل ، وأن الأدلة كانت فى كل الصور الشرعية مثبتة لموضوعاتها بشكل مستمر مادام لم يقم دليل على انتهاء عملها أو تقيدها بزمان وهكذا فكل مقررات الشرع الإسلامى تؤيد الاستصحاب .

وأما من جهة العقل فإن البداهة تؤيد ذلك فإنه ليس لأحد أن يدعى أن فلانا مباح الدم لارتداده إلا إذا قام الدليل على ردته إذ الأصل حرمة دمه أو أن فلانا العادل قد فسق إلا إذا أقام الدليل على فسقه ؛ لأن العدل إذا ثبت صار صفة ثابتة تأخذ حكمها حتى يثبت نقيضها وهو الفسق وإذا ثبت أن فلانا حىّ لا يحكم بموته إلا إذا قام الدليل على وفاته ، وإذا ثبت أن فلانا زوج لامرأة فالبداهة توجب الحكم بالزوجية حتى يثبت الطلاق وإذا ثبت أن فلانا مالك لعين لا تزول الملكية إلا بدليل .

فالبداهة تحكم بالاستصحاب .

---

(١) أصول الفقه ص ٢٣٥ .

وإن مقررات العقول من ناحية وجود الأشياء ووجود أوصاف الأشياء والأشخاص تسير على الحكم باستصحاب الحال .

فالطالب تثبت له صفة طلب العلم إذا دخل كلية ويستمر ذلك الوصف بالاستصحاب حتى يقوم الدليل على خلافه ليس فى حاجة لأن يثبت ذلك كل عام وكل شهر " .

وأيضا فـ (الاستصحاب) من الظواهر الاجتماعية العامة التى ولدت مع المجتمعات ودرجت معها وستبقى - مادامت المجتمعات - ضمانة لحفظ نظامها واستقامتها ، ولو قدر للمجتمعات أن ترفع يدها عن الاستصحاب لما استقام نظامها بحال ، فالشخص الذى يسافر مثلا ويترك بلده وأهله وكل ما يتصل به لو ترك للشكوك سبيلها إليه - وما أكثرها لدى المسافرين - ولم يدفعها بالاستصحاب لما أمكن له أن يسافر عن بلده بل يترك عتبات بيته أصلا ولشلت حركتهم الاجتماعية وفسد نظام حياتهم فيها " [١] .

وهو - الاستصحاب - أيضا يجعل الفقهاء فى سعة ويفتح لهم طرقا للفتوى فى يسر [٢] .

فالاستصحاب حجة يجب العمل به لكن ينبغى التنبه إلى أن الاستصحاب يعمل به عندما لا يوجد دليل آخر مغير إذ إن الاتفاق

---

(١) أصول الفقه - وهبه الزحيلى ج ٢ ص ٨٧١ .
(٢) أصول الفقه - زكى الدين ص ٢٠٥ .

قائم على أنه لابد من استفراغ الجهد فى طلب الدليل وعدم وجدانه ، فالاستصحاب (هو آخر مدار الفتوى فإن المفتى إذا سئل عن حادثة يطلب حكمها فى الكتاب ثم فى السنة ثم فى الإجماع ثم فى القياس فإن لم يجده فيأخذ حكمها من استصحاب الحال فى النفى والإثبات) [١] .

(وهو حجة يفزع إليها المجتهد إذا لم يجد فى الحادثة حجة خاصة) [٢] .

ومن ثم نعلم أن الاستصحاب لا يحتج به فيما ثبت بقاؤه أو انتفاؤه بدليل شرعى غير الاستصحاب كالكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس .

وليس الاستصحاب احتجاجا بلا دليل كما رأى كثير من الحنفية [٣] بل هو راجع إلى دليل حاصله أن سبق الوجود مع العلم بانتفاء المغير أو مع ظن انتفاء المغير عند بذل الجهد فى الطلب والبحث دليل البقاء [٤] .

---

(١) البحر المحيط ج ٦ ص ١٧ .
(٢) البحر المحيط ج ٦ ص ١٧ .
(٣) أصول السرخسى ج ٢ ص ٢٢٣ ، وتيسير التحرير ج ٤ ص ١٧٨ ، والمغنى فى أصول الفقه ص ٣٥٦ .
(٤) روضة الناظر ج ١ ص ٣٩٢ ، وانظر أيضا الإبهاج ج ٣ ص ١٨١ ، وتيسير التحرير ج ٤ ص ١٧٨ .

لكن ينبغى ملاحظة أن غلبة الظن باستمرار الحال الراجعة إلى ظن انتفاء المغير إذا كانت موجبة لاستمرار الحكم إلا أنها لا تعتبر دليلا قويا للاستنباط ، ومن ثم فإذا عارض الاستصحاب أيٌّ من أدلة الاستنباط المعتمدة فإنه يقدم عليه [١] .

الاستصحاب وقواعد الفقه

انبنى على القول بالاستصحاب قواعد كلية عديدة [٢] هى :

أ – اليقين لا يزول بالشك :

أى أن ما ثبت بيقين لا يزول ولا يرتفع إلا بيقين مغاير فمجرد الشك لا يزول به اليقين [٣] .

فمن أكل آخر الليل وشك فى طلوع الفجر صح صومه ؛ لأن الليل متيقن وطلوع الفجر مشكوك فيه .

ومن شك فى غروب الشمس فأكل بلا اجتهاد وتحر بطل صومه؛ لأن النهار متيقن وغروب الشمس مشكوك فيه .

ومن ثبت نكاحه لا يزول نكاحه بالشك فى الطلاق .

---

(١) أصول الفقه ـ أبو زهرة ص ٢٣٤ .
(٢) الإحكام فى أصول الأحكام ـ ابن حزم ج ٥ ص ٢٩٠ وما بعدها .
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٦١ .

ومن تملك شيئا لا يزول ملكه بالشك فى حدوث تصرف ناقل للملكية ، ومن توضأ ثم شك فى الحدث كان متوضئا وله أن يصلى [١] .

ومن الجدير بالذكر أنه مع وجدان الشك لا يكون هناك يقين وإنما استصحاب لما تيقن فى الماضى وقد أطلق عليه اليقين مجازا [٢] .

ب - كل ما ليس فيه دليل شرعى يبقى على حكم الأصل فما كان أصله الإباحة - وهو الأشياء النافعة - بقى على حكم الإباحة ، وما كان أصله التحريم - كالمضار - بقى على التحريم .

جـ - ما ثبت حله لا يحرم إلا بأحد أمرين : إما دليل معتبر وإما أمر يغير صفاته ، فعصير العنب حلال لكن إن تغيرت صفته فتخمر صار حراما والزوجة حلال لكن إن لم تبق زوجة بسبب الطلاق صارت حراما .

وأيضا فما ثبت تحريمه لا يصير حلالا إلا بأحد أمرين : دليل ناقل إلى الإباحة أو أمر يغير صفته ، **ومثال هذا** :

---

(١) الإمام مالك لا يجيز الصلاة مع الشك فى الطهارة فهو يوجب الوضوء عند الشك فى الحدث ، ووجهته - كما سبق القول - : أن الأصل وإن كان الطهارة إلا أن الأصل أيضا بقاء الصلاة فى ذمته فلا تبرأ ذمته إلا باليقين .

(٢) الإبهاج جـ ٣ ص ١٨٥ .

١ ـ أكل الميتة فهو محرم لكنه يباح في حالة الاضطرار بالدليل الدال على ذلك وهو قوله ـ تعالى ـ : (فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ) (١) .

٢ ـ الخمر محرمة فإن تحولت خلا صارت حلالا .

بناء على القول بالاستصحاب فكل ما كان أصلا في الدلالة وجب حمل اللفظ عليه حتى يقوم الدليل الناقل عنه فاللفظ يحمل على حقيقته حتى يقوم دليل المجاز ويحمل على الإطلاق حتى يقوم دليل على التقييد وعلى التأسيس حتى يقوم دليل التأكيد وعلى الإفراد حتى يقوم دليل الاشتراك وعلى الترتيب الحاصل حتى يقوم دليل التقديم والتأخير وعلى الاستقلال بالدلالة حتى يقوم دليل الإضمار وعلى التأصيل حتى يقوم دليل الزيادة وعلى المعنى الشرعي حتى يقوم دليل اللغوي إذا كان اللفظ واردا من الشرع وعلى المعنى اللغوي حتى يقوم دليل الشرعي إذا كان اللفظ واردا من اللغوي ، وكل هذا من أجل العمل باستصحاب الحال الراجح (٢) .

ومن الجدير بالذكر أن قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة وقاعدة الأصل براءة الذمة ليستا مبنيتين على القول بالاستصحاب كما ظن

---

(١) سورة المائدة : من الآية ٣ .
(٢) شرح مختصر الروضة ج ٣ ص ١٥٥ ، ١٥٦ .

البعض [١] ، وذلك لأن الاستصحاب إبقاء ما كان على ما كان حتى يقوم دليل على التغيير فإن كان ما كان هو الإباحة ولم يقم دليل على التغيير بقيت الإباحة وإن كان هو التحريم ولم يقم دليل على الإباحة بقى التحريم وإن كان ما كان براءة الذمة ولم يقم دليل على شغلها بقيت براءتها وإن كان شغلها ولم يقم دليل على براءتها بقى شغلها .

أما قاعدة الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت خلافه فهى عين الاستصحاب وذاته وليست شيئا آخر غيره فهى ليست مبنية عليه كما ظن البعض [٢] ، فالأليق القول بأنها صوغ للاستصحاب فى صورة قاعدة فقهية .

أثر الاستصحاب فى فروع الفقه

لاشك أن أهمية القول بالاستصحاب قد زاد وضوحها الآن ، ولعل تلك الأهمية تتجلى بوضوح أكثر إذا علمنا أن كثيرا من الفروع الفقهية قد انبنى الرأى والخلاف فيها على القول بالاستصحاب ، وسوف أذكر فى هذا المبحث العديد من تلك الفروع .

---

(١) انظر الأدلة المختلف فيها - د . عبد الحميد أبو المكارم ص ٥٥ ، وانظر أيضا أصول الفقه - الزحيلى ج ٢ ص ٨٧١ ، ٨٧٢ .
(٢) أصول التشريع الإسلامى - على حسب الله ص ٢٨ .

الفرع الأول : إرث المفقود [١] :

المفقود هو من غاب عن أهله ولم تعلم حياته ولا موته ، فقد اختلف العلماء فيه فرأى القائلون بحجية الاستصحاب مطلقا - المالكية والشافعية والحنابلة - أن الأصل حياته فيستصحب هذا الأصل حتى يظهر خلافه فيعتبر حيا فى حق نفسه فلا يرث ماله أحد ، وكذلك يعتبر حيا فى حق غيره فإذا مات من يرث منه المفقود احتفظ له بنصيبه .

ويظل الأمر كذلك إلى أن نعلم حياته أو موته أو يمضى من الزمان ما لا يعيش مثله غالبا عند مالك والشافعى ، أما أحمد فقد رأى أن ذلك إلى نهاية أربع سنوات من غيابه إن كان الغالب من حاله الهلاك وإلى مضى زمان لا يعيش إلى مثله إن لم يغلب على حاله الهلاك ، فإذا علمنا موته أو مضى من الزمان ما لا يعيش إلى مثله غالبا اعتبر ميتا فى حق نفسه وحق غيره فتوزع تركته على ورثته ويوزع النصيب المحفوظ له على بقية ورثة مورثه عند مالك والشافعى ، وكذا عند أحمد إن كان الغالب من حاله الهلاك أما من لا يغلب عليه الهلاك فكذلك عنده أيضا إن مضى على تغيبه أربع سنوات ولم نعلم عنه شيئا .

---

(١) انظر بداية المجتهد ج ٢ ص ٥٢ ، ومغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٦ ، ٢٧ ، والمغنى ج ٦ ص ٣٨٩ ، وفتح القدير ج ٤ ص ٤٤٦

أما الحنفية القائلون بحجية الاستصحاب فى الدفع لا فى الإثبات فقد رأوا أن المفقود يعتبر حيا فى حق نفسه فلا توزع تركته على ورثته إلا بعد العلم بموته أو مضى زمن التعمير - مائة وعشرون عاما من يوم ولادته - فيقسم ماله بين ورثته الموجودين حينئذ ، وأما فى حق غيره فإنه يعتبر ميتا من لحظة فقده فإذا مات من يرث منه المفقود لا يحتفظ له بنصيبه من التركة فهو لا يرث شيئا من أحد مات فى حال فقده .

فالحنفية لم يجعلوا لورثة المفقود حق ادعاء بقاء حياة أبيهم حتى يرث ممن مات حال فقده لأن الاستصحاب عندهم لا يصلح حجة للإثبات أى لبقاء الأمر على ما كان ولم يجعلوا لهم حق ادعاء موته حتى يرثوه استصحابا من الحنفية لحياته وذلك لأن الاستصحاب عندهم حجة للدفع أى يدفع به قول من ادعى تغير الحال .

الفرع الثانى : ادعاء الوارث أنه على دين قريبه المتوفى عند موته :

ولهذا صور [١] :

الأولى : مات مسلم وادعى وارث كان كافرا ثم أسلم أنه أسلم قبل موته فأنكر الورثة وقالوا : بل أسلمت بعد موته .

---

(١) مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٨٦ ، ٤٨٧ ، والشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٢٤ ، والمغنى ج ١٠ ص ٢٧٥ وما بعدها ، والهداية شرح البداية ج ٥ ص ٥١٥ .

الثانية : مات كافر وادعى وارث له مسلم كان كافرا أنه أسلم بعد موت مورثه وقال باقى الورثة : بل أسلمت قبل موته .

الثالثة : مات رجل كان معلوما كفره وله ولدان أحدهما مسلم والآخر كافر فادعى المسلم أن أباه مات مسلما وادعى الآخر أن أباه مات كافرا .

الرابعة : مات رجل كان معلوما إسلامه وله ولدان أحدهما مسلم والآخر كافر فادعى المسلم أن أباه مات مسلما وادعى الآخر أن أباه مات كافرا .

وقد وقع خلاف بين الحنفية القائلين **بحجية الاستصحاب للدفع** لا للإثبات وبين غيرهم القائلين بحجيته مطلقا فى ذلك : فرأى الشافعية والمالكية والحنابلة القائلون بحجية الاستصحاب مطلقا أن الأصل فى الصورة الأولى كفر الوارث فالقول قول الورثة ، وأن الأصل فى الصورة الثانية عدم إسلام الوارث فالقول قوله ، أما الصورة الثالثة فالأصل فيها كفر الميت فالقول قول الوارث الكافر ، وبالعكس فى الصورة الرابعة فالقول فيها قول الوارث المسلم لأن الأصل فيها إسلام الميت .

فهؤلاء قد قالوا بأن القول قول من يدعى استمرار ما كان عملا منهم بالاستصحاب .

أما الحنفية عدا زفر الذى وافق الجمهور فيما قالوا فقد رأوا أن القول قول من لا يثبت الميراث للمدعى ففى الصورتين الأولبين القول قول باقى الورثة وفى الصورة الثالثة قول الكافر أما فى الرابعة فالقول قول المسلم .

أى أنهم يستصحبون الحال التى يدفع بها قول المدعى فى استحقاق الميراث والورثة فى الصورتين الأولبين هم الدافعون والكافر فى الثالثة هو الدافع أما فى الرابعة فالمسلم هو الدافع ، والاستصحاب يكفيهم فى ذلك لأنه حجة للدفع .

ولم يستصحب الحنفية الحال التى يثبت بها قول المدعى فى استحقاق الميراث فلم يستصحبوا عدم إسلام الوارث فى الصورة الثانية ولا إسلام المورث فى الصورة الرابعة وذلك لأن الاستصحاب عندهم لا يصلح حجة للإثبات أى للاستحقاق .

الفرع الثالث : الطلاق الواقع بالإيلاء [(١)] :

إذا آلى الرجل من زوجته بأن حلف ألا يجامعها مدة أربعة أشهر فأكثر فإنه يوقف بعد انقضاء الأربعة أشهر فإما فاء أى رجع عما حلف عليه وجامعها وإما طلق فإن لم يطلق ولم يفئ بلا عذر طلق عليه الحاكم عند مالك والشافعى وأحمد .

---

(١) انظر مغنى المحتاج ج ٣ ص ٣٥١ ، وبداية المجتهد ج ٢ ص ١٠١ ، والمغنى ج ٧ ص ٥٦٣ ، والهداية ج ٣ ص ١٨٥ .

أما الحنفية فقد رأوا أنه إذا لم يقر بها حتى مضت الأربعة أشهر صارت طالقا ، إذ إن حقيقة الإيلاء عندهم أن المولى قال : إن مضت أربعة أشهر ولم أجامعك فأنت طالق .

وهذا الطلاق سواء وقع من الشخص نفسه أم من الحاكم يعتبر رجعيا عند مالك والشافعي فيملك الزوج مراجعتها فى العدة .

وهو رجعى أيضا عند الحنابلة وإن كان للإمام أحمد رواية أخرى بأن تطليق الحاكم يقع بائنا .

وحجة هؤلاء فى اعتباره رجعيا الاستصحاب إذ إن الأصل فى الطلاق غير الثالث الواقع على المدخول بها بغير عوض أنه يكون رجعيا فيستصحب هذا الأصل إلى أن يدل دليل على أنه بائن ، ولا دليل .

ولما كان أكثر الحنفية قائلين بعدم حجية الاستصحاب فإنهم لم يعتبروا طلاق المولى رجعيا واعتبروه بائنا حتى لا يتمكن الزوج من مراجعتها فى العدة وبذلك يحصل المقصود من الطلاق وهو تخليصها من ضرر التعليق .

الفرع الرابع : الشفعة للجار [١] :

الاتفاق قائم على أن الشفعة تثبت للشريك الذى لم يقاسم أما الجار

---

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٩٧ ، وبداية المجتهد ج ٢ ص ٢٥٣ ، والمغنى ج ٥ ص ٢٣٠ ، والهداية ج ٧ ص ٤٠٧ .

فقد اختلف الأئمة فى ثبوتها له . فقال مالك والشافعى وأحمد : لا شفعة له وقال الحنفية بثبوتها له عند عدم الشريك .

وقد استدل الحنفية بما يلى :

١ – قال - صلى الله عليه وسلم - : " جار الدار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا " [1] .

والمراد بالجار فى هذا الحديث الشريك فى حق المبيع كالشرب والطريق بدليل قوله - صلى الله عليه وسلم - : " إن كان طريقهما واحدا " .

٢ – قال - صلى الله عليه وسلم - : " **الجار أحق بشفعته** " [2] .

واستدل الجمهور بأحاديث أخرى منها :

قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالشفعة فى كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة [3] .

فتعارضت الآثار فى هذا الأمر فرجح الجمهور ما شهد له الاستصحاب .

وبيانه أن الأصل فى انتقال ملك شئ من شخص لغيره أنه لا يكون إلا برضاه فيبقى هذا الأصل إلى أن يوجد دليل مغير له ، وقد

---

(١) رواه الخمسة إلا النسائى ، نيل الأوطار ج ٥ ص ٣٣٥ ، ٣٣٦ .
(٢) أبو داود ج ٢ ص ٢٥٦ .
(٣) صحيح البخارى ج ٣ ص ١١٤ ، ورواه أحمد أيضا - انظر نيل الأوطار ج ٥ ص ٣٣١ .

وجد فى الشريك الذى لم يقسم - وهو قوله - صلى الله عليه وسلم - : " الشفعة لشريك لم يقاسم [1] " - فينفى ما عداه على هذا الأصل فلا تكون الشفعة لما عداه .

---

(١) نصب الراية ٤ / ١٣٢ .

المبحث الثانى

المصالح المرسلة

المصلحة هى المنفعة ، وتتنوع إلى ثلاثة أنواع :

الأول : المصالح المعتبرة :

وهى التى شرع الشارع أحكاما لتحقيقها فهى مصالح لأنها تجلب نفعا أو تدفع ضرا وهى معتبرة لأن الشارع شرع أحكاما تحققها وبذا يكون قد اعتد بها واعتبرها ، ومن أمثلتها حفظ الحياة وحفظ المال وحفظ العرض وحفظ العقل . فقد شرع الشارع القصاص لحفظ الحياة وشرع حد السرقة لحفظ المال وشرع حد القذف وحد الزنا لحفظ العرض وشرع حد شرب الخمر لحفظ العقل .

الثانى : المصالح الملغاه :

وهى التى شرع الشارع أحكاما تدل على عدم اعتبارها وعدم اعتداده بها فهى مصلحة فى نظر المكلف لأنه يرى أنها تجلب له نفعا أو تدفع عنه ضرا وهى ملغاة لأن الشارع شرع أحكاما تحقق نقيضها وبذا يكون قد ألغاها فلم يعتد بها ، ومن أمثلتها : مصلحة المرابى فى زيادة ماله بالربا ومصلحة الأنثى فى مساواتها بأخيها فى الميراث ومصلحة الإنسان فى القعود عن الجهاد ومصلحة الغنى فى تكفيره عن الجماع فى نهار رمضان بالصوم لأن ذلك هو الذى يردعه فقد ألغى الشارع تلك المصالح ولم يعتبرها ولم يعتد بها

فشرع الأحكام على خلافها فحرم الربا وجعل نصيب الابن ضعف نصيب البنت وفرض الجهاد ، وجعل كفارة الجماع فى نهار رمضان بالعتق عند القدرة عليه من غير نظر إلى كون المجامع غنيا أو فقيرا .

الثالث : المصالح المرسلة :

وهى التى لم ينص الشارع على اعتبارها ولا على إلغائها فلم يشرع أحكاما لتحقيقها ولا أحكاما تدل على عدم اعتداده بها ولذا سميت مصالح مرسلة فهى مصلحة لأنها تجلب نفعا أو تدفع ضررا وهى مرسلة لأنها مطلقة عن قيد الاعتبار وعن قيد الإلغاء [(١)] ، ومن أمثلتها المصلحة التى اقتضت قتل الجماعة بالواحد والمصلحة التى اقتضت جمع القرآن والمصلحة التى اقتضت تضمين الصناع ما يهلك تحت أيديهم من أموال الناس بغير قوة قاهرة لكيلا يتهاونوا فى حفظها والمصلحة التى اقتضت أن الزواج الذى لا يسجل بوثيقة رسمية لا تسمع الدعوى به عند الإنكار . هذا وكما سميت تلك المصالح بالمصالح المرسلة فإنها سميت بأسماء أخرى هى الاستصلاح والمناسب المرسل والاستدلال والاستدلال المرسل [(٢)] .

---

(١) مذكرة أصول الفقه للشنقيطى ص ١٦٩ ، وشرح المحلى على جمع الجوامع ج ٢ ص ٢٨٤ ، وإرشاد الفحول ص ٢٤٢ .

(٢) مذكرة الشنقيطى ص ١٦٩ ، شرح المحلى على جمع الجوامع ج ٢ ص ٢٨٤ .

حجية المصالح المرسلة :

اتفق العلماء على أن المصالح المرسلة لا يحتج بها فى العبادات لأنها توقيفية فلا مجال فيها للاجتهاد بالرأى والعمل بما يراه الناس مصلحة ؛ لأنه يفتح باب الابتداع فى الدين وتتغير به شعائر الإسلام بمرور الزمان ولأن العبادات حق لله تعالى خاص به ولا يمكن معرفة حقه كما وكيفا وزمانا ومكانا إلا من جهته فعلى المكلف أن يأتى بالعبادة على وفق ما طلب ربه منه .

أما فى المعاملات فقد اختلف الأصوليون فى الاحتجاج بها : فمالك وأحمد والشافعى فى القديم قالوا بحجيتها وأنها مصدر من مصادر التشريع ، والحنفية وأكثر الشافعية ومتأخروا الحنابلة أنكروا حجيتها ونفوا أنها من مصادر التشريع [١] .

ومعنى حجيتها عند من يحتج بها هو بناء الأحكام فى الأفعال التى لا يعرف حكمها على المصلحة المترتبة عليها .

ويحكى الأصوليون فى هذا الخلاف قولين آخرين : أولهما : قول الغزالى أنها يعمل بها إن كانت ضرورية قطعية لكن هذا ليس عملا بالمصلحة المرسلة بل بما تقرر فى الشريعة من أن الضرورات تبيح المحظورات ، فقول الغزالى لا يصلح مذهبا ثالثا فى تلك المسألة .

---

(١) تيسير التحرير ج ٤ ص ١٧١ ، وفتاوى ابن تيميه ج ٣ ص ٢٩٤، وشرح الكوكب ص ٥٩٦ .

وثانيهما : قول القائل بقبولها إذا شهد لها أصل شرعى قريب ، وهذا أيضا لا يصلح مذهبا رابعا فى تلك المسألة ؛ لأن المصلحة إن شهد لها أصل قريب لم تعد مرسلة بل إن العمل بها يدخل فى العمل بالقياس [١] .

وبذا يظهر الخلاف فى تلك المسألة على قولين : الاحتجاج بها ونفى الاحتجاج بها .

هذا ومن الأصوليين من ادعى أن أهل المذاهب جميعا قد عملوا بالمصالح المرسلة [٢] .

لكن الحقيقة أن بين أهل المذاهب ما ذكرنا من خلاف وأن الشافعية والحنفية لا يعملون بالمصالح المرسلة ، وذلك الادعاء منشؤه أن الشافعية والحنفية كغيرهم يرون أن مراعاة المصلحة أمر معتبر فى استنباط الأحكام وأن هناك أحكاما قالوا بها وبمجرد النظر إليها يظن الناظر أنهم بنوها على المصلحة المرسلة لكن الحقيقة أنهم بنوا تلك الأحكام على القياس فلابد عندهم أن يكون ثمة أصل يقاس عليه له علة منضبطة تكون وعاء للمصلحة وإن تخلفت المصلحة عنها فى بعض الأحوال [٣] .

وقد استدل كل فريق لما ذهب إليه :

---

(١) أصول الفقه - أبو زهرة ص ٢٢٦ .
(٢) إرشاد الفحول ص ٢٤٢ .
(٣) أصول الفقه - أبو زهرة ص ٢٢٥ .

أولاً : أدلة المنكرين لحجية المصالح المرسلة [1] :

الدليل الأول : المصالح المرسلة مترددة بين ما اعتبره الشارع من المصالح وبين ما ألغاه منها وليس إلحاقها بأحدهما أولى من إلحاقها بالآخر فالاحتجاج بها إلحاق لها بالمصالح المعتبرة بدون مرجح فيكون تحكما .

وأجيب عنه : بأن إلحاقها بالمصالح المعتبرة أولى من إلحاقها بالمصالح الملغاة ؛ لأن مراعاة الشريعة لمصالح العباد هو الأصل وإلغاء المصلحة وعدم مراعاتها هو الاستثناء ، وإلحاق الشيء بالأصل راجح على إلحاقه بالاستثناء .

الدليل الثانى : القول بحجية المصالح المرسلة يعنى أن هناك مصالح للعباد لم يشرع لها الشارع أحكاما تحققها ، وهذا باطل لقوله - تعالى - : (الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ) [2] ، وقوله - صلى الله عليه وسلم - : " تركتكم على المحجة البيضاء ليلها كنهارها " . فلا توجد مصلحة للعباد إلا وقد شرع لها الشارع أحكاما تحققها وما لم يشرع له حكما يحققه فهو فى الحقيقة ليس مصلحة وإن توهم البعض أنه مصلحة ومادام ليس مصلحة فلا يصح بناء الأحكام الشرعية عليه .

---

(١) الإحكام للآمدى ج ٤ ص ١٦١ ، ونهاية السول ج ٣ ص ١٦٥ ، والمستصفى ج ١ ص ١٩٤ ، وأصول الفقه - خلاف ص ٨٧ ، ٨٨ ، وأصول الفقه - الزحيلى ج ٢ ص ٧٦٢ .

(٢) سورة المائدة : من الآية ٣ .

وأجيب عنه : بأن المصالح منها ما هو ثابت لا يتغير ومنها ما يتغير فما يتغير من المصالح فيكون مصلحة فى وقت ومفسدة فى وقت آخر لا يمكن شرع حكم لكل حالة من حالاته مقدما وإنما يكفى أن تدل الشريعة بمجموع أحكامها ومبادئها على أن المصلحة هى الغرض المقصود من تشريع الأحكام ، فإذا صار الشىء مصلحة علمنا من هذا المقصد أن حكم الله فيه هو الحكم الذى يحقق تلك المصلحة ، وبذا يظهر أن الشارع قد شرع فى الحقيقة ما يحقق تلك المصلحة .

الدليل الثالث : القول بحجية المصالح المرسلة يفتح الباب لذوى الأهواء فيشرعون من الأحكام ما يحقق أهواءهم تحت ستار العمل بالمصلحة وفى هذا من الفساد ما فيه .

وأجيب عنه : بأن الذى يبنى الحكم على المصلحة المرسلة هو المجتهد المتحقق فيه شروط الاجتهاد ، ولا مكان بينهم لذوى الأهواء .

الدليل الرابع : القول بحجية المصالح المرسلة يؤدى إلى تغيير الأحكام الشرعية بتغير المصالح .

ويجاب عن هذا : بأن تغيير الحكم بتغير المصلحة لا شىء فيه فالحكم يدور مع علته وجودا وعدما ، خاصة وأن هذا التغيير لن يمس شيئا من نصوص الشريعة .

ثانيا : أدلة القائلين بحجية المصالح المرسلة (1) **:**

الدليل الأول : القول بحجية المصالح المرسلة هو الذى يتفق مع طبيعة شريعة الإسلام وهدفها الذى جاءت من أجله وهو تحقيق مصالح العباد فى العاجل والآجل .

الدليل الثانى : المجتهدون من السلف الصالح بنوا كثيرا من الأحكام على المصالح المرسلة ولم ينكر عليهم أحد ذلك فصار إجماعا سكوتيا على حجية المصالح المرسلة .

ومن ذلك : جمع القرآن الكريم فى المصحف ، وتضمين الصناع ، وقتل الجماعة بالواحد ، وتوريث المطلقة من زوجها الذى طلقها طلاقا بائنا فى مرض موته لكيلا ترث منه ، وغير هذا كثير .

الدليل الثالث : أن هناك من المصالح ما يتغير بتغير الظروف والأزمان فما ليس مصلحة زمن التشريع قد يصير مصلحة فى زمن آخر فلو اقتصر التشريع على ما كان مصلحة زمن التشريع واعتبره الشارع فشرع أحكاما لتحقيقه لفوتنا على الناس مصالح كثيرة فى مختلف الأزمنة والأمكنة وهذا يتناقض مع غرض التشريع وهو تحقيق مصالح الناس أينما كانوا وفى أى زمان كانوا .

---

(1) المستصفى جـ ١ ص ٢٩٨ ، والإبهاج جـ ٣ ص ١٢٢ ، ونهاية السول جـ ٣ ص ٦٥، وتيسير التحرير جـ ٤ ص ١٧١ ، وأصول الفقه ـ أبو زهرة ص ٢٢٢ .

ومما تقدم يظهر رجحان القول بحجية المصالح المرسلة واستنباط الأحكام الشرعية بناء عليها ، لكن للاحتجاج بها شروط هى [١] :

١ - ألا تكون مصلحة وهمية بل مصلحة حقيقية يرى أصحاب العقول المستقيمة بعد الموازنة بين ما فيه من نفع وضرر أنها مصلحة .

٢ - ألا تكون مصلحة خاصة بفرد أو عدد قليل من الأفراد بل تكون مصلحة عامة تحقق نفعا للناس أو لأكبر عدد منهم أو تدفع عنهم ضررا .

٣ - ألا يعارض الحكم المبنى على تلك المصلحة حكما أو مبدأ ثبت بدليل من أدلة الشرع المعتبرة ، وعليه فلا يعمل بالمصلحة التى تقتضى مساواة البنت للابن فى الإرث لمصادمتها قوله - سبحانه وتعالى - : (لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ) [٢] ، ولا يعمل بالمصلحة التى تقتضى أن يكون تكفير المجامع الغنى فى رمضان بصوم شهرين متتابعين ؛ لأن ذلك هو الذى يردعه عن تكرار الجماع وذلك لمصادمة تلك المصلحة للنص الوارد فى تلك الكفارة المبتدأ فيه بالعتق لا بالصوم .

---

(١) الاعتصام للشاطبى ج ٢ ص ٣٠٧ وما بعدها ، وأصول الفقه - خلاف ص ٨٦ ، ٨٧ .
(٢) سورة النساء : من الآية ١١ .

الموازنة بين المصلحة المرسلة والقياس :

القياس به أصل يقاس عليه وعلة راعاها الشارع واعتبرها فشرع الحكم فى الأصل بناء عليها فإذا وجدت فى محل آخر عدينا الحكم إليه ، فالفرع يعطى مثل حكم الأصل ؛ لأنه يحقق مصلحة اعتبرها الشارع فى الأصل وبنى حكمه عليها .

أما فى المصالح المرسلة فالشارع لم يشهد لها بالاعتبار ولا بالإلغاء فلم يشرع حكما بناء عليها فمحل تلك المصلحة يعطى حكما شرعيا بناء على مجرد المصلحة .

المبحث الثالث

قــول الصحــابى

الصحابى هو من رأى النبى - صلى الله عليه وسلم - وآمن به وصحبه مدة تكفى فى العرف لإطلاق كلمة الصاحب عليه .

والمراد بقول الصحابى هو مذهبه فى المسألة الاجتهادية أى فتواه أو قضاؤه فيها .

وأقوال الصحابة لها عدة أقسام هى [(١)] :

١ - قول الصحابى فيما لا مجال للرأى والاجتهاد فيه ، وهذا القسم متفق على العمل به لأنه فى الحقيقة من السنة وإن كان فى ظاهر الأمر من قول الصحابى وذلك لأنه مادام لا مجال للرأى فيه فلابد أن يكون الصحابى قد قاله عن سماع من الرسول - صلى الله عليه وسلم - وإن لم يصرح بذلك ، ومن أمثلة ذلك قول عمار بن ياسر : من صام يوم الشك فقد عصا أبا القاسم - صلى الله عليه وسلم - .

٢ - قول الصحابى الذى أجمع عليه الصحابة صراحة أو الذى لم يعرف له مخالف ، وهذا القسم من قبيل الإجماع السكوتى ،

---

(١) الإحكام للآمدى ج ٣ ص ١٩٨ ، وفواتح الرحموت ج ٢ ص ١٨٦ ، وشرح الكوكب المنير ص ٣٨٦ .

والإجماع حجة ، **ومن أمثلته** : اتفاقهم على توريث الجدات إذا اجتمعن السدس .

٣ - قول الصحابى الصادر عن اجتهاده ورأيه ، وهذا القسم متفق على أنه ليس حجة على صحابى آخر مجتهد ، وذلك لأن الصحابة رضى الله - تعالى - عنهم اختلفوا فيما بينهم ولم يلزم أحدهم الآخر بما رأى .

أما بالنسبة للتابعين ومن بعدهم فقد اختلف فى كون هذا القسم حجة شرعية عليهم العمل به إذا لم يجدوا حكما للواقعة فى الكتاب أو السنة أو الإجماع أم ليس حجة .

ولهم فى ذلك مذهبان [1] **:**

الأول : أنه حجة وهو مذهب الجمهور فإن اختلف الصحابة تخير المجتهد قولا من أقوالهم ولا يخرج عن تلك الأقوال ، فعند اختلافهم للمجتهد أن يترك قول أحدهم ويأخذ بقول غيره منهم إذا لم يوجد مرجح لقول أحدهم ككونه أكثر صحبة أو أقرب إلى الكتاب والسنة ، لكن لا يجوز للمجتهد مخالفة آرائهم جميعا والقول برأى لم يقل به أحد منهم .

---

(١) شرح العضد لمختصر ابن الحاجب ج ٢ ص ٢١٩ ، وإرشاد الفحول ص ٢١٠

الثانى : أنه ليس حجة وهو الراجح لدى الشافعية وعليه الظاهرية ، فللمجتهد من بعدهم أن يخالف آراءهم جميعا ويستنبط باجتهاده رأيا آخر .

وقد استدل كل فريق لما ذهب إليه ، وها هى أدلتهم :

أولا : أدلة القائلين بحجية قول الصحابى [1] :

١ - قال - تعالى - : (**وَالسَّابِقُونَ الأَوَّلُونَ مِنَ الْمُهَاجِرِينَ وَالأَنْصَارِ وَالَّذِينَ اتَّبَعُوهُمْ بِإِحْسَانٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَرَضُوا عَنْهُ**) [2] .

ووجه الاستدلال : أن الله - تعالى - مدح التابعين للصحابة بإحسان ، وليس معنى اتباعهم إياهم هنا العمل بالكتاب والسنة مثلهم لأن من يعمل بهما يمدح لاتباعه الكتاب والسنة لا لاتباعه السابقين من المهاجرين والأنصار فتعين أن يكون معنى اتباعهم اتباع آرائهم فى المسائل الاجتهادية ، فيكون هذا الاتباع واجبا .

٢ - اجتهاد الصحابى أقرب إلى الصواب من اجتهاد غيره لأنه عاصر التنزيل وعاين أسباب نزول الآيات وورود الأحاديث وأكسبته صحبته معرفة بحِكَم التشريع ومقاصده .

---

(١) الإحكام ج ٣ ص ١٣٤ .
(٢) سورة التوبة : من الآية ١٠٠ .

ثانيا : أدلة القائلين بأنه ليس حجة [١] :

١ - أن الله - تعالى - أمر كل قادر على الاجتهاد أن يجتهد ولا يقلد غيره وذلك بقوله - سبحانه - : (**فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الأَبْصَارِ**) [٢] فعلى المجتهد من غير الصحابة أن يجتهد فيما لا نص فيه ولا إجماع ولا يقلد صحابيا أو غيره .

ويجاب عن هذا : بأن دليلكم هذا مصادرة على المطلوب لأن التقليد إنما هو العمل بلا دليل ومحل النزاع إنما هو فى أن قول الصحابى دليل فيكون العمل به عملا بدليل وليس تقليدا أو أنه ليس دليلا فالعمل به تقليد لا يجوز من المجتهد ، ودليلكم اعتبر العمل به تقليدا وذلك لم يثبت لكم .

٢ - أن الله - تبارك اسمه - قال : (**فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ**) [٣] فالرجوع إلى قول الصحابى ترك لما أمر به الله - تعالى - فى تلك الآية فلا يجوز .

ويجاب عن هذا : بأن الرد إلى قول الصحابى يكون فى المسائل الاجتهادية التى لا نص فيها من كتاب أو سنة فالقائلون به يرجعون

---

(١) الإحكام ج٣ ص ١٣٤ ، ونهاية السول ج ٣ ص ١٤٤ ، وإرشاد الفحول ص ٢١٤ .

(٢) سورة الحشر : من الآية٢ .

(٣) سورة النساء : من الآية٥٩ .

إليه بعد الرجوع إلى الكتاب والسنة وعدم وجدان نص فيهما يحكم المسألة .

٣ - أجمع الصحابة على جواز مخالفة كل واحد منهم الآخر ومادام قد جاز لكل واحد منهم مخالفة الآخر فإنه يجوز لغير الصحابى أيضا مخالفة أقوالهم .

ويجاب عن هذا : بأن اختلافهم فى حكم الواقعة على قولين إجماع منهم على أنه لا ثالث واختلافهم إلى ثلاثة أقوال إجماع منهم على أنه لا رابع فعدم الأخذ بقول من أقوالهم والقول برأى آخر لم يقولوه خروج عن إجماعهم ومخالفة الإجماع لا تجوز .

٤ - ليس للأمة إلا رسول واحد وكتاب واحد فمن قال باستمداد الأحكام الشرعية من شئ غيرهما أو غير ما يرجع إليهما فقد قال فى دين الله قولا عظيما وأثبت شرعا لم يشرعه الله .

ويجاب عن هذا : بأن الصحابة هم الذين نقلوا إلينا كتاب الله - تعالى - وسنة نبيه - صلى الله عليه وسلم - فهم أعرف الناس بشرعه وأقربهم إلى هديه فليس القول بقولهم عندما لا نجد فى الكتاب والسنة ما نقول به إثبات شرع لم يشرعه الله - تعالى - وإنما هو إثبات لقول الأدرى بكتاب الله وسنة نبيه - صلى الله عليه وسلم - والذى إن لم نثبته أثبتنا مكانه قول غيره ممن هو دونه .

والراجح فى نظرنا :

ما ذهب إليه الجمهور بل إن نسبة القول بعدم حجيته إلــى الإمـام الشافعى فيها نظر فقد قـال : " إن لـم يكـن فـى الكتـاب والسـنة - أى الحكم - صرنا إلى أقاويل أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أو واحد منهم [1] .

---

(١) الأم ج ٧ ص ٢٤٧ .

المبحث الرابع

الاســـــتحســـــان

الاستحسان معناه فى اللغة عد الشىء حسنا ، أما فى الاصطـلاح فقد عرفه من قالوا به بتعريفات متعددة حاصلها أنـه عـدول المجتـهد عن مقتضى قياس جلى إلى مقتضى قياس خفى أو عن حكم كلى إلى حكم استثنائى لوجه أقوى اقتضى العدول عن الأول [١] .

أنواعـــــه :

الاستحسان نوعان :

الأول : ترجيح قياس خفى على قياس جلى ومن أمثلته [٢] :

١ - مسألة سؤر [٣] سباع الطير فإن الظاهر قياسها على سباع البهائم لكون لحـم كل منـهما نجسـا لا يؤكـل ولتغـذى كـل منـهما علـى الحيوانات وبما أن سؤر سباع البهائم نجس فكذلـك يكـون سـؤر سباع الطير نجسا أيضا ، لكن هذا القياس الظاهر قد عـدل عنـه إلى قياس آخر خفى لا يتبادر إلى الذهن بل يحتاج إلى شىء من التأمل لكنه أقوى فى النفس وهو قياس سؤرها على سؤر الآدمى لأن كلاً منهما غير مأكول اللحم ، ووجه قوة هذا القياس الخفــى

---

(١) كشف الأسرار على أصول البزدوى ج ٢ ص ١١٢٣ .
(٢) التقرير والتحبير ج ٣ ص ٢٢٣ ، وتيسير التحرير ج ٤ ص ٧٩ .
(٣) أى بقية الماء الذى شربت منه .

هو أن سؤر سباع البهائم كان نجسا لاختلاط لعابها النجس بالماء عند شربها منه أما سباع الطير فلعابها لا يختلط بالماء لأنها تشرب بمناقيرها وهى عظام لا تترك فى الماء أى أثر ، ومادام لعابها لم يختلط بالماء فإنه لا يتنجس .

٢ - لو وقف شخص أرضا زراعية ولم ينص فى عقد الوقف على الحقوق الارتفاقية لتلك الأرض كحق الشرب والمسيل والمرور فالظاهر قياس الوقف على البيع لأن كلا منهما يخرج الملك من يد مالكه ومقتضى هذا القياس عدم دخول تلك الحقوق فى الوقف كما أنها لا تدخل فى عقد البيع عند عدم ذكرها فيه . لكن هذا القياس الظاهر قد عدل عنه إلى قياس آخر خفى أقوى فى النفس منه وهو قياس الوقف على الإجارة لكون كل منهما يفيد ملك الانتفاع بالعين دون تملك رقبتها ، ومقتضاه دخول تلك الحقوق فى الوقف كما أنها تدخل فى الإجارة عند عدم النص عليها فى عقد الإجارة .

وإنما كان هذا القياس الخفى أقوى فى النفس لأن المقصود من الوقف الانتفاع بالموقوف وهو لا يحصل بدون تلك الحقوق .

الثانى : استثناء مسألة جزئية من حكم كلى :

ومن أمثلته :

١ - جواز عقد السلم فإن مقتضى الدليل العام أنه لا يجوز لأنه بيع لمعدوم وقد نهى النبى - صلى الله عليه وسلم - عن بيع المعدوم لكنه استثنى بدليل خاص هو قوله - صلى الله عليه وسلم - : " من أسلم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم " وذلك لحاجة الناس إلى هذا النوع من المعاملة ، ومثل السلم سائر الرخص فإن حقيقتها استثناء مسألة جزئية من دليل عام [1] .

٢ - جواز الوصية فإن مقتضى الدليل العام وهو القياس هنا عدم جوازها لأنها تمليك فى الزمن الذى زالت فيه ملكية المملك لكنها استثنيت بدليل خاص هو قوله - تعالى - : (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَا أَوْ دَيْنٍ) [2] .

٣ - جواز عقد الاستصناع [3] : فإن مقتضى القياس بطلانه لأن المتعاقد عليه معدوم وقت العقد لكنه استثنى بالإجماع السكوتى الناشىء من تعامل الناس به وعدم الإنكار عليهم فى العصور المختلفة وذلك لحاجة الناس إليه .

---

(١) انظر الموافقات ج ٤ ص ٢٠٧ .
(٢) سورة النساء : من الآية ١١ .
(٣) وهو أن يتعاقد شخص مع صانع على صنع شىء مقابل ثمن معين . انظر: أصول السرخسى ج ٢ ص ٢٠٣ ، والتقرير والتحبير ج ٣ ص ٢٢٢ .

٤ - إجارة الحمام بأجرة معينة دون تحديد لقدر الماء ومدة الإقامة فإن مقتضى القياس بطلانه لأنه لا يصح أن يكون المعقود عليه فى الإجارة مجهولا لكنه استثنى مراعاة لحاجة الناس إليه .

هذا ، وقد يكون وجه الاستحسان النص كما فى عقد السلم أو الإجماع كما فى عقد الاستصناع أو العرف كما فى إجارة الحمام أو القياس الخفى كما فى سؤر سباع الطير أو الضرورة كما فى تطهير الآبار التى تقع فيها النجاسة بنزح قدر من الماء منها مع أن مقتضى القياس أنها لا تطهر مهما نزح منها لأننا حتى لو نزحنا كل مائها فإن ما ينبع من ماء جديد سينجس بمجرد ملاقاته قاع البئر وجدرانه، أو المصلحة كما فى صحة وصية المحجور عليه لسفه فى سبيل الخير لمصلحته وهى تحصيله الثواب مع عدم الإضرار به فى حياته لأن الوصية لا تفيد ملك الموصى له المال إلا بعد وفاة المحجور عليه فلا تتعارض مع المقصود من الحجر وهو المحافظة على ماله مع أن مقتضى القاعدة الكلية عدم صحة تبرعاته لأنها تبديد لأمواله .

حجية الاستحسان [1] :

قال بالاستحسان الحنفية والمالكية والحنابلة ورفض الأخذ به

---

(١) انظر روضة الناظر ج ١ ص ٤٠٧ ، والاعتصام ج ٢ ص ١٣٧ ، والأم ج ٧ ص ٣٧٣ ، ونهاية السول ج ٣ ص ١٦٨ وما بعدها ، والإبهاج ج ٣ ص ١٢٤ ، وشرح المحلى على جمع الجوامع ج ٢ ص ٢٨٨ ، وشرح العضد لمختصر ابن الحاجب ج ٢ ص ٢٨٨ ، والتلويح ج ٢ ص ٨٣ ، ٨٤ .

الإمام الشافعى والظاهرية والمعتزلة والشيعة .

وقد استدل كل فريق لما ذهب إليه بأدلة شتى ، وها هو حاصل أدلة هؤلاء وأولئك :

أولا : أدلة القائلين بالاستحسان [١] :

١ - قال - تعالى - : (**فَبَشِّرْ عِبَادِ ، الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ** أَحْسَنَهُ) [٢] .

ووجه الاستدلال : أن الله - تعالى - مدح الذين يتبعون الأحسن واتباع الأحسن هو الاستحسان ، والثناء على فاعل الفعل يدل على أنه مطلوب للشارع .

وأجيب عن هذا : بأن الآية لم تقل فيتبعون ما استحسنوا وإنما قالت : فيتبعون أحسنه وهو ما كان فى كتاب الله - تعالى - وسنة نبيه - صلى الله عليه وسلم - .

٢ – أن أكثر صور الاستحسان حاصلها ترك ما فيه عسر بالناس إلى ما فيه يسر بهم والتيسير من الأسس التى قام عليها التشريع قال - جل وعلا - : (**يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ**) [٣] .

---

(١) كشف الأسرار على أصول البزدوى ج ٢ ص ١١٢٥ ، وشرح العضد لمختصر ابن الحاجب ج ٢ ص ٢٨٩ ، والإحكام لابن حزم ج ٧ ص ٩٩٣ ، والإحكام للآمدى ج ٢ ص ٢٠٣ .
(٢) سورة الزمر : الآية ١٧ ، ١٨ .
(٣) سورة البقرة : من الآية ١٨٥ .

٣ ـ الاستحسان إما أن يكون وجهه النص أو الإجماع أو الضرورة أو القياس الخفى أو العرف أو المصلحة كما سبق القول وجل ذلك أدلة متفق على حجيتها .

٤ ـ أجمعت الأمة على بعض صور الاستحسان السابق ذكرها كإباحة عقد الاستصناع وكشرب الماء من يد السقائين مع جهالة العوض وقدر الماء المشروب فيكون العمل به مجمعا عليه لا تجوز المخالفة فيه .

وأجيب عن هذا : بأن الأمة أجمعت على ذلك لا استحسانا وإنما لدليل آخر هو جريان ذلك فى زمنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ وتقريره عليه لما فى منع ذلك من المشقة .

ثانيا : أدلة منكرى الاستحسان [1] :

١ ـ أن أحكام الشريعة إما أن تستنبط من نص أو من قياس على نص والاستحسان إما أن يكون منهما أو من غيرهما فإن كان من غيرهما فهو يعنى أن الله تعالى ترك بعض أمور الناس من غير حكم وذلك يناقض قوله ـ تعالى ـ : (**أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى**) [2] وإن كان منهما فلا حاجة إلى جعله دليلا مستقلا .

---

(١) الأم ج ٧ ص ٢٧٣ ، والإحكام لابن حزم ج ٦ ص ٧٥٩ .
(٢) سورة القيامة : الآية ٣٦ .

٢ - لو كان لأحد أن يفتى باستحسانه لكان الأولى بذلك رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لكنه ما كان يفتى باستحسانه بل كان ينتظر وحى ربه - جل شأنه - فليس لأحد غيره أن يفتى باستحسانه .

٣ - لو جاز للمفتى والقاضى أن يفتوا ويقضوا باستحسانهم لاختلفت الأحكام فى الواقعة الواحدة على حسب استحسان كل منهم اختلافا لا نستطيع معه ترجيح قول على قول إذ ليس للاستحسان ضابط أو مقياس يقاس به ما هو حق منه وما هو باطل .

٤ - الاستحسان يعتمد على العقل والعقل متوفر عند الجهال كما هو متوفر عند العلماء فلو جاز الاستحسان لجاز لكل عاقل أن يشرع لنفسه حتى ولو كان جاهلا بالأصول التى يبنى عليها الاستنباط .

هذا ، وليس بخاف عليك أن ماعدا الدليل الأول من تلك الأدلة إنما يدل على إنكار الاستحسان الذى هو استنباط الأحكام الشرعية بغير دليل وإنما بالهوى والتلذذ ، وهذا لم يقل به القائلون بالاستحسان بل ليس لأحد أن يقول به أصلا لإجماع الأمة قبل ظهور المختلفين فى حجية الاستحسان على أن القول فى الدين بالهوى والتلذذ ممنوع .

فتلك الأدلة تنفى شيئا لم يثبته القائلون بالاستحسان وإنما هم ينفونه كغيرهم .

أما الاستحسان الذى قالوا به وعلمته من قبل وعلمت أنواعه وأمثلته فإن أدلة منكرى الاستحسان لم تنفه ولم تتعرض له بإبطال ، غير أن دليلهم الأول يفيد أنه مادامت صور الاستحسان ترجع إلى أدلة أخرى منها المتفق عليه ومنها المختلف فيه فينبغى عدم اعتباره دليلا شرعيا مستقلا .

فحاصل القول أن مثبتى الاستحسان يعتبرونه دليلا مستقلا ونفاته ينفون اعتباره دليلا مستقلا ووجهتهم فى ذلك الحذر من اسمه لأن أصل معناه ما يهواه الإنسان ويشتهيه .

والناظر فى صور الاستحسان عند القائلين به يرى أنه راجع فى الحقيقة إلى غيره من الأدلة كالنص أو الإجماع أو العرف أو المصلحة ومادام راجعا إلى تلك الأدلة فلا حاجة لاعتباره دليلا مستقلا حذرا من اسمه . ثم إن بعض صور الاستحسان مرجعه أدلة مختلف فيها كالعرف والمصلحة وبذا يكون الخلاف فى غير تلك الصور خلافا لفظيا أما فيها فهو خلاف حقيقى [١] والله أعلم .

---

(١) إرشاد الفحول ص ٢١١ ، والموافقات ج ٤ ص ٢٠٦ ، وشرح العضد ج ٢ ص ٢٨٨ .

المبحث الخامس

شـــرع من قبلنـــا

شرع من قبلنا إما أن يثبت بالقرآن الكريم أو السنة الصحيحة أنه كان شرعا لهم وإما ألا يثبت بأى منهما أنه كان كذلك :

- فما لم يثبت بالقرآن الكريم أو السنة الصحيحة أنه كان شرعا لهم لا خلاف فى أنه ليس شرعا لنا ، وعليه فما ورد فى كتـب مـن قبلنـا أو على ألسنتهم مما لم يثبت بالقرآن الكريم أو السنة الصحيحة أنه كان شرعا لهم ليس شرعا لنا ؛ لأنهم قد غيروا كثيرا من الأحكام وبدلوها ، ولبسوا الحق بالبـاطل ، وكتمـوه ، وكفـروا ، وضلـوا ؛ فلا يلتفت إلى روايتهم عن كتبهم ولا إلى روايـات المسـلمين عـن تلك الكتب ، ولا يثبت بها شـرع الله - عـز وجل - ، قال تعـالى : (وَإِنَّ مِنْهُمْ لَفَرِيقاً يَلْوُونَ أَلْسِنَتَهُمْ بِالْكِتَابِ لِتَحْسَبُوهُ مِنَ الْكِتَابِ وَمَا هُـــوَ مِنَ الْكِتَابِ وَيَقُولُونَ هُوَ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ وَمَا هُوَ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ وَيَقُولُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ وَهُمْ يَعْلَمُونَ) [1] [2] .

---

(١) سورة آل عمران : الآية ٧٨ .

(٢) الفصول فى علم الأصول للجصاص ١٩/٣ ، والغنية فى الأصول ١٩٣ ، والعدة ٣ / ٧٥٣ ، والتبصرة فى أصول الفقه ٢٨٧ .

ولا عبرة بما حكاه السرخسي عن بعض مجهول رأى أن ما فـي شرعهم شرع لنا ما لم ينسخ دون تمييز بيـن مـا ورد فـي الكتـاب أو السنة الصحيحة وبين ما في كتبهم وما رواه المسلمون عنهم [1] .

- أما ما ثبت بالكتاب أو السنة الصحيحة أنه كان شرعا لـهم فإمـا أن يدل أي منهما على شرعه لنا ، وإما أن يدل أي منهما على نسخه في حقنا ، وإما ألا يدل أي منهما علـى شـرعه لنـا أو نسـخه فـي حقنا :

- فإن دل أي منهما على شرعه لنا فلا خلاف في أنه شرع لنا بشرع نبينا لا بشرع من قبله .

ومثاله :

(أ) الحج ، فقد كان في شريعة إبراهيم عليـه السـلام ، ودل الدليـل على شرعه لنا ، فهو مشروع لنا بلا خلاف .

(ب) الأضحية : فقد كانت في شريعة إبراهيـم عليـه السـلام حيث سئل - صلى الله عليه وسلم - عن الأضاحي ، فقال : سنة أبيكم إبراهيم [2] .

(ج) صيام عاشوراء حيث كان في شـريعة موسـى عليـه السـلام ، وأمرنا نبينا - صلى الله عليه وسلم - بصيامه .

(١) أصول السرخسي ٢ / ٩٩ .
(٢) ابن ماجة : رقم ٣١٢٧ .

(د) القصاص ، فقد كان فى شريعة موسى عليه السلام ، ودل الكتاب والسنة على شرعه لنا أيضا ، قال - تعالى - : (**يَا أَيُّـهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى**) [1] .

- وإن دل أى منهما على نسخه فى حقنا فلا خلاف فى أنه ليس شرعا لنا ، بل هو منسوخ فى حقنا .

ومثاله :

(أ) استرقاق السارق فى شريعة يعقوب عليه السلام ، قال - تعالى - : (**قَالَ مَعَاذَ اللَّهِ أَنْ نَأْخُذَ إِلاَّ مَنْ وَجَدْنَا مَتَاعَنَا عِنْدَهُ إِنَّـا إِذاً لَظَالِمُونَ**) [2] .

(ب) تحريم كل ذى ظفر [3] كالإبل والبط ، وتحريم شحوم البقر والغنم على اليهود ، قال تعالى : (**وَعَلَى الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا كُـلَّ ذِي ظُفُرٍ وَمِنَ الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُـحُومَهُمَا إِلاَّ مَـا حَمَلَـتْ ظُهُورُهُمَا أَوِ الْحَوَايَا أَوْ مَا اخْتَلَطَ بِعَظْمٍ**) [4] .

---

(١) سورة البقرة : من الآية ١٧٨ .
(٢) سورة يوسف : ٧٩ .
(٣) ذو الظفر هو ما ليس منفرج الأصابع من البهائم والطيور كالإبل والبط والأوز .
(٤) سورة الأنعام : من الآية ١٤٦ .

(ج) تحريم الغنائم على من كانوا قبلنا ، قال ـ صلى الله عليه وسلم ـ : " وأحلت لى الغنائم ولم تحل لأحد قبلى " .

فهذا كله قد دل الدليل من الكتاب أو السنة أو من كليهما على نسخه فى حقنا ، ولذا فهو منسوخ فى حقنا بلا خلاف كما ذكرنا .

- وإن لم يدل أى منهما على شرعه لنا أو نسخه فى حقنا كما فى قوله ـ تعالى ـ : (**مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْساً بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعاً**) (١) .

فإنه قد اختلف فيه العلماء : هل هو شرع لنا أم لا ؟ ، ولهم فى ذلك قولان :

القول الأول :

أنه شرع لنا ، فيلزم اتباعه سواء ثبت بقطعى أو بظنى كخبر الآحاد.

وعليه جمهور الحنفية والمالكية والحنابلة وبعض الشافعية .

ومنهم من خالف فيما ثبت بالآحاد كالقاضى أبى يعلى وابن عقيل حيث رأيا أنه لا يجب اتباع ما لم يثبت بدليل قطعى أنه كان شرعا لهم .

---

(١) سورة المائدة : من الآية ٣٢ .

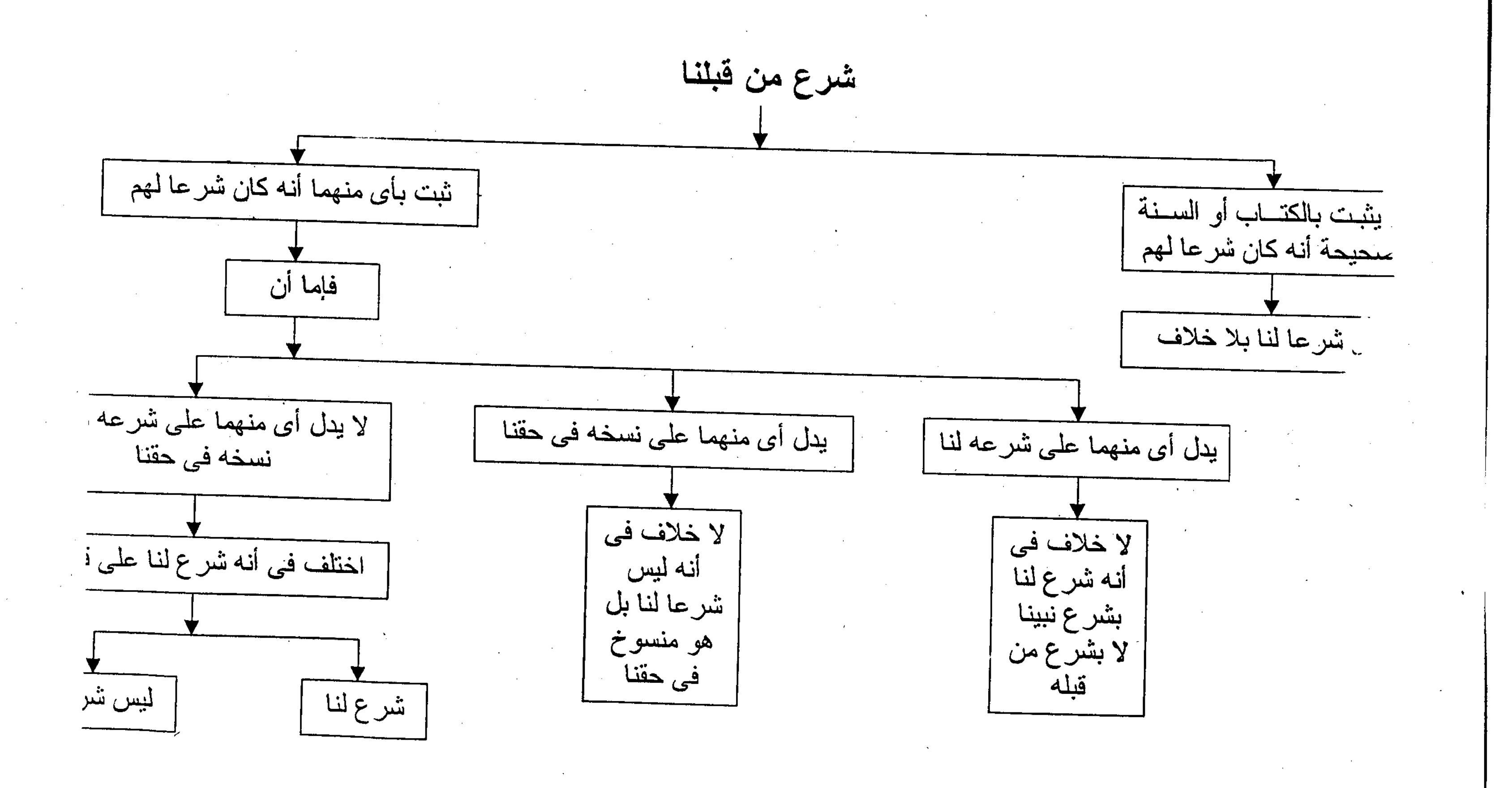
القول الثانى : أنه ليس شرعا لنا ، وهو قول الأشاعرة والمعتزلة وبعض الشافعية منهم إمام الحرمين والغزالى والرازى والآمدى والقاضى البيضاوى وابن السبكى والإسنوى ، وبعض من غيرهم .

وللشافعى فى هذه المسألة قولان أصحهما أنه شرع لنا ، وفيها عن الإمام أحمد أيضا روايتان [١] .

وقد استدل هؤلاء وأولئك بأدلة متعددة ، وقبل بيانها نزيد ما سبق توضيحا بما يلى :

---

(١) انظر فيما تقدم المستصفى ص ٢٤٠ ، حاشية المطيعى على نهاية السول ٣ / ٤٩ ، والعدة ٣ / ٧٥٣ وما بعدها ، والمسودة ١٨٦ ، والتمهيد فى تخريج الفروع على الأصول ص ٤٤١ ، والبحر المحيط ٦ / ٤٦ ، وفتح الغفار بشرح المنار ٤ / ١٩٠ ، وتسهيل الوصول إلى علم الأصول ١٦٤، وشرح الكوكب المنير ٤ / ٤١٣ . وأصول السرخسى ٢ / ٩٩ ، والفصول فى علم الأصول للجصاص ٣ / ١٩ ، والتبصرة فى أصول الفقه ٢٨٧ .


شرع من قبلنا
يثبت بالكتـاب أو السـنة
صحيحة أنه كان شرعا لهم
شرعا لنا بلا خلاف
ثبت بأى منهما أنه كان شرعا لهم
فإما أن
يدل أى منهما على شرعه لنا
لا خلاف فى
أنه شرع لنا
بشرع نبينا
لا بشرع من
قبله
يدل أى منهما على نسخه فى حقنا
لا خلاف فى
أنه ليس
شرعا لنا بل
هو منسوخ
فى حقنا
لا يدل أى منهما على شرعه
نسخه فى حقنا
اختلف فى أنه شرع لنا على
شرع لنا
ليس شر

ثانيا هى أدلة الفريقين :

أولا : أدلة القول الأول القائل بأن شرع من قبلنا شرع لنا :

استدل هؤلاء بأدلة متعددة أقواها ما يلى :

الدليل الأول : أن الله - تعالى - أمر نبيه - صلى الله عليه وسلم - بالاقتداء بهدى من قبله من الأنبياء فى قوله - تعالى - : (**أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَى اللَّهُ فَبِهُدَاهُمُ اقْتَدِهْ**) (١) ، وهو أمر مجرد عن أى قرينة تصرفه عن الوجوب ، فيدل على وجوب الاقتداء بهم .

واعترض عليه :

بأن المراد الاقتداء بهم فيما اتفقوا عليه وهو التوحيد ، وذلك لأن الله - تعالى - أضاف الهدى المطلوب الاقتداء بهم فيه إليهم جميعا (**فبهداهم اقتده**) ، وهم لم يتفقوا فى الأحكام الفرعية قطعا ، فالاقتداء بهم فيها غير ممكن إذ قد يؤدى الاقتداء بأحد منهم فى شىء منها إلى مخالفة الآخر وعدم الاقتداء به (٢) .

وأجيب عنه : بأن الهدى يشمل الأحكام الفرعية كما يشمل التوحيد (٣) بدليل أن الله - تعالى - بعد أن وصف المتقين بالإيمان وبإقام الصلاة والإنفاق فى سبيل الله ، قال : (**أُولَئِكَ عَلَى هُدىً مِن**

---

(١) سورة الأنعام : من الآية ٩٠ .

(٢) المحصول ١ / ٥٢٤ ، والإبهاج جـ ٢ ص ٣٠٦ .

(٣) أصول السرخسى ٢ / ١٠٣

رَبِّهِمْ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ) (١) ، وبدليل ما ورد فـي صحيح البخـارى عن مجاهـد قـال : قلت لابن عباس أنسجد فى "ص" ؟ ، فقـرأ : " ومن ذريته داود وسليمان - حتى قوله - فبـهداهم اقتده " فقـال ابـن عباس : نبيكم - صلى الله عليه وسلم - ممن أمر أن يقتدى (٢) .

الدليل الثانى :

أن الله تعالى أمر نبيه - صلى الله عليه وسلم - باتباع ملة إبراهيم عليه الصلاة والسلام فى قوله - تعالى - (**ثُمَّ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ أَنِ اتَّبِعْ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفاً**) (٣) والأمر يقتضى الوجوب لعدم القرينة الصارفة .

واعترض عليه :

بأن الملة هى أصول الدين والتوحيـد لا فروعـه إذ لا سـبيل لنبينـا ﷺ لاتباع شريعة إبراهيم عليه السلام لانقطاع نقلها (٤) .

الدليل الثالث :

قال - صلى الله عليـه وسـلم - : مـن نسـى الصـلاة فليصلـها إذا ذكرها فإن الله - تعالى - قال : (**وأقم الصلاة لذكرى**) (٥) .

---

(١) سورة البقرة : الآية ٥ .
(٢) صحيح البخـارى ، كتـاب الأنبيـاء ، بـاب (واذكر عبدنـا داود ذا الأيد إنـه أواب ... وفصل الخطاب) ٦ / ٤٥٦ .
(٣) سورة النحل : من الآية ١٢٣.
(٤) المعتمد ج٢ / ٩٠٦ ، والمحصول ١ / ٥٢٤ ، والإحكام للآمدى ٤ / ١٩٨.
(٥) مسلم كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب قضاء الصلاة الفائتة ١ / ٤٧١ .

ومعني لذكرى : أى لذكر إيجابى الصلاة [١] .

ولو لم يكن - صلى الله عليه وسلم - وأمته متعبدين بشرع من قبله ماعلل النبى - صلى الله عليه وسلم - وجوب القضاء بتلك الآية الكريمة الموجهة إلى موسى عليه السلام [٢] .

واعترض عليه :

بأن ذكر الآية تنبيه منه - صلى الله عليه وسلم - إلى أن أمته مأمورة بذلك كما أمر موسى عليه السلام فهو مما دل الدليل على أنه مشروع فى حقنا ، وهذا الدليل هو " من نسى الصلاة فليصلها إذا ذكرها " فهو خارج عن محل النزاع [٣] .

الدليل الرابع :

لما قدم النبى - صلى الله عليه وسلم - المدينة رأى اليهود يصومون يوم عاشوراء فسأل عن سبب صومهم إياه ، فقالوا : هذا يوم نجى الله بنى إسرائيل من عدوهم فصامه موسى ، فقال : أنا أحق بموسى منكم ، فصامه وأمر بصومه [٤] .

---

(١) المستصفى ١ / ٢٥٩ .
(٢) شرح العضد ٢ / ٢٨٧ .
(٣) الاحكام للآمدى ٤ / ١٩٩ .
(٤) متفق عليه ، فتح البارى ، كتاب الصوم ، باب صيام يوم عاشوراء ٤ / ٢٤٤ [illegible] يوم عاشوراء ٢ / ٧٩٥ .

ولو لم يكن - صلى الله عليه وسلم - وأمته متعبدين بشرع من قبله ما صامه ولا أمر بصيامه (١) .

الدليل الخامس :

أن الله - تعالى - قد أخبرنا عن أحكام كثيرة شرعت لمن قبلنا ، كما أخبرنا بأخبارهم وقصصهم ، وإذا كان لإخبارنا بأخبارهم وقصصهم فائدة هى تعريفنا بما كان خافيا علينا ، فإن إخبارنا بما شرع الله - تعالى - لهم من أحكام لا فائدة له سوى أن نعمل بها (٢) .

الدليل السادس :

ما ثبت شريعة لرسول فقد ثبت أنه حق مقبول عند الله - عز وجل - ، وما ثبت أنه حق مقبول عند الله - عز وجل - يبقى كذلك بعد بعثة رسول آخر إلا إذا تبين تغييره بدليل ناسخ (٣) .

ثانيا : أدلة القول الثانى القائل بأن شرع من قبلنا ليس شرعا لنا :

استدل هؤلاء بأدلة متعددة أكثرها خارج عن محل النزاع حيث يتجه إلى بيان بطلان الأخذ بما فى أيدى أهل الكتاب مما لم يرد فى قرآننا ولا فى سنة نبينا ﷺ وأهم ما استدلوا به ما يلى :

---

(١) فواتح الرحموت ج ٢ ص ١٨٥ .
(٢) شرح اللمع ٢ / ٢٥١ .
(٣) أصول السرخسى ٢ / ١٠٠ ، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام ٢١٣/٣ ، وشرح العضد ٢ / ٢٨٦ .

الدليل الأول :

قال - تعالى - : (**لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجاً**) [١] .

فلكل رسول شريعة خاصة به وبأمته لا يشاركهم فيها غيرهم [٢].

وأجيب عن هذا بـ : أن مشاركة رسول لآخر فى بعض الأحكام لا تنفى اختصاص كل منهم بشرع [٣] .

الدليل الثانى :

لما بعث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - معاذا إلى اليمن قال له : كيف تقضى إذا عرض لك قضاء ؟ قال : أقضى بكتاب الله . قال : فإن لم تجد ؟ قال : فبسنة رسول الله ، قال : فإن لم تجد ؟ ، قال : أجتهد رأيى ولا آلو فضرب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - صدره وقال : الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله [٤] ولو كان شرع من قبلنا مصدرا من مصادر الأحكام فى شرعنا لما صوب النبى - صلى الله عليه وسلم - معاذا حيث لم يذكره ولبينه له - صلى الله عليه وسلم - [٥] .

---

(١) سورة المائدة : الآية ٤٨ .
(٢) شرح اللمع ٢ / ٢٥٢.
(٣) المرجع السابق .
(٤) أبو داود : رقم ٣٥٩٢ ، والترمذى رقم ١٣٢٧ .
(٥) المحصول ج ١ ق ٣ ص ٤٠٨ ، والمستصفى ١ / ٢٥٣ ، وكشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام ٣ / ٢١٣ .

وأجيب عن هذا : بأن فى القرآن الكريم آيـات دالـة علـى العمـل بشرع من قبلنا فذكر الكتاب يغنى عن ذكر شرع من قبلنا كما أغنـى ذكره عن ذكر الإجماع لوجود دليل الأخذ به فيه (١).

الدليل الثالث :

لو كان شرع من قبلنا شرعا لنـا لمـا غضـب - صلـى الله عليـه وسلم - حين اطلع عمر على شىء من كتبهم لكنه غضب عليـه حيـن فعل ذلك ، فقد أتى عمر - رضـى الله عنـه - النبـى - صلـى الله عليـه وسلم - بكتاب أصابه من بعض أهل الكتـاب ، فقرأه علـى النبـى - صلـى الله عليـه وسلم - فغضب - صلـى الله عليـه وسـلم - وقـال : أمتهوكون - أمتحيرون - فيها يا ابن الخطـاب والـذى نفسـى بيده لقـد جئتكم بها بيضاء نقية لا تسألوهم عن شىء فيخبروكم بحق فتكذبـوا به أو بباطل فتصدقوا به ، والذى نفسى بيده لو أن موسى - صلى الله عليه وسلم - كان حياً ما وسعه إلا أن يتبعنى (٢) .

وأجيب عن هذا : بأن النزاع ليس فيما فى أيدى أهل الكتاب من كتب فهى مبدلة ومحرفة لكن النزاع فيما حكـاه الله مـن شـرعهم فـى القرآن الكريم أو حكاه نبيه ﷺ فى سنته الصحيحة (٣) .

---

(١) المحصول ج ١ ق ٣ ص ٤٠٨ .
(٢) مسند أحمد ٣ / ٣٨٧ ، ومسند أبى يعلى ٤ / ١٠٢ .
(٣) التبصرة ص ٢٨٧ .

الدليل الرابع :

لم يسمع عن أحد من الصحابة الكرام أنه رجع إلى شرائع السابقين أو إلى أحد ممن أسلم من أحبار وعلماء أهل الكتاب كعبد الله بن سلام وكعب الأحبار لمعرفة حكم أى واقعة عرضت لهم ، بل كانوا يفزعون إلى الاجتهاد إن لم يعثروا على حكم الواقعة فى الكتاب والسنة [١] .

وأجيب عن هذا : بأنه لا حاجة إلى الرجوع إلى كتبهم أو إليهم ؛ لأن النزاع إنما هو فيما حكاه القرآن أو السنة الصحيحة من شرعهم، لا فيما حكته كتبهم [٢] .

الدليل الخامس :

الإجماع قائم على أن شريعتنا ناسخة لما سبقها من شرائع ، ولو كان ـ صلى الله عليه وسلم ـ وأمته متعبدون بشرع من قبله لكان مقررا لتلك الشرائع لا ناسخا لها [٣] .

وأجيب عن هذا : بأن شريعته ـ صلى الله عليه وسلم ـ ليست ناسخة لجميع ما فى الشرائع السابقة فهى ليست ناسخة مثلا لوجوب الإيمان وحرمة الكفر وحد الزنا والقصاص بالإجماع [٤] .

---

(١) نهاية السول ٣ / ٦٦٤ .
(٢) التمهيد فى أصول الفقه ٢ / ٤٢٠ .
(٣) شرح العضد ٢ / ٢٨٧ .
(٤) المرجع السابق .

الدليل السادس :

الشرائع شرعها الله - تعالى - لتحقيق مصالح المكلفين والمصلحة تتغير فما فيه مصلحة لمن قبلنا قد تكون مصلحتنا فى غيره وعليه فلا يكون شرع من قبلنا شرعا لنا (١) .

وأجيب عن هذا : بأن ما هو شرع لنا من شرعهم إنما هو الأحكام التى جاء بها القرآن الكريم أو السنة الصحيحة ولم يثبت نسخها والظاهر أن هذا النوع من الأحكام مصلحته ثابتة غير متغيرة؛ لأنها لو كانت متغيرة لكانت الأحكام المنوطة بها منسوخة أو خاصة بهم ، ولو كانت كذلك ما ذكرها لنا القرآن الكريم أو السنة دون بيان نسخها (٢) .

هذا ، ومما تقدم يتضح أن الأولى بالقبول هو أن شرع من قبلنا الذى قصه الله - تعالى - علينا فى القرآن الكريم أو ورد فى السنة الصحيحة ولم يرد فى شرعنا ما يدل على عدم مشروعيته لنا - أى نسخه - شرع لنا .

والمراد بشرع من قبلنا جميع الشرائع لا شرع معين ، وعليه فلو اختلف الحكم فى الشرائع السابقة فكان الشىء حلالا فى شريعة وحراما فى أخرى فالعمل إنما يكون بالشريعة المتأخرة لأنها ناسخة للمتقدمة (٣) .

---

(١) شرح اللمع ٢ / ٢٥٢ .
(٢) التبصرة ص ٢٨٨ ، شرح اللمع ٢ / ٢٥٣ .
(٣) البحر المحيط ٦ / ٤٦ .

ومن الأصوليين من حكى أن هناك من رأى أن المراد بشرع من قبلنا شرع معين واختلفوا في تعيين هذا الشرع المعين هل هو شرع نوح أو إبراهيم أو موسى أو غيرهم - عليهم السلام - .

لكن أكثر كتب الأصول لا تذكر هذا الرأى .

ولقد اختلف من رأوا أن شرع من قبلنا شرع لنا فى أنه مصدر مستقل للتشريع أم أنه غير مستقل بل داخل فى الكتاب أو السنة ، ووجهة الفريق الأول هى حجيته ، أما وجهة الفريق الثانى فهى أن طريق معرفتنا به وثبوته هو إخبار الله - تعالى - أو رسوله - صلى الله عليه وسلم - .

فمن عده مصدرا مستقلا كأبى الحسين البصرى والغزالى وابن الحاجب وابن النجار ذكروه ضمن الأدلة المختلف فيها [1] ، ومن عدوه تابعا للكتاب أو السنة ذكره بعضهم كأبى اسحاق الشيرازى وأبى الخطاب الحنبلى فى مبحث النسخ نظرا لأن شرط العمل به ألا يكون منسوخا [2]، وذكره بعضهم الآخر كالسرخسى وإمام الحرمين وابن الهمام وابن عبد الشكور ضمن مبحث السنة [3] .

---

(١) انظر المعتمد ٢ / ٨٩٩ ، والإحكام للآمدى ٣ / ٣٧٦ ، وشرح العضد ٢٨٦/٢ ، وشرح الكوكب ٤ / ٤٠٨ .

(٢) شرح اللمع ٢ / ٢٥٠ ، والتمهيد ٢ / ٤١١ .

(٣) البرهان ١ / ٥٠٣ ، وأصول السرخسى ٢ / ٩٩ ، وتيسير التحرير ١٢٩/٣ ، وفواتح الرحموت ٢ / ١٨٤ .

ولعل عده مصدرا مستقلا أولى بالقبول إذ إن الكل متفق على أن الإجماع مصدر مستقل رغم أنه لابد له من مستند من كتاب أو سنة أو نحوهما [١] .

بل إن كثيرا من العلماء استنبطوا أحكاما شرعية مما حكاه القرآن الكريم عن غير الأنبياء ، أو عنهم قبل مبعثهم أى أنهم رأوا أن كل ما ورد فى القرآن الكريم أو السنة الصحيحة من قصص وغيره صالح للاحتجاج به ما لم ينكره القرآن الكريم .

ومن ذلك :

الاستدلال على مشروعية المناهدة وهى خلط الجماعة أموالهم لشراء الطعام بها وأكله مع أن بعضهم قد يأكل أكثر من غيره بقوله - تعالى - : (**فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ**) [٢] [٣] ، والاستدلال على مشروعية عرض الولى وليته للزواج على الرجل بقوله - تعالى - : (**إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ**) [٤] [٥] .

---

(١) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام ١ / ١٩ .
(٢) سورة الكهف : من الآية ١٩ .
(٣) أحكام القرآن للجصاص ٥ / ٤٠ .
(٤) سورة القصص : من الآية ٢٧ .
(٥) أحكام القرآن لابن العربى ٣ / ١٤٦٦ .

أمثلة للعمل بشرع من قبلنا واستنباط الأحكام منه

١ - الاستدلال بقوله - تعالى - : (فَلَمَّا جَاوَزَا قَالَ لِفَتَاهُ آتِنَا غَدَاءَنَا لَقَدْ لَقِينَا مِن سَفَرِنَا هَذَا نَصَباً) [١] على إباحة النطق بمثل هذا القول عند لحوق التعب بالإنسان بسبب سعيه في الطاعة وأن ذلك لا يعد شكاية مكروهة [٢].

٢ – الاستدلال على قتل الجماعة بالواحد إن إجتمعوا على قتله بقوله - تعالى - : (مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْساً بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعاً) [٣] ؛ لأنهم صاروا بقتلهم إياه بمنزلة من قتل الناس جميعا [٤].

٣ – الاستدلال على مشروعية القرعة بقوله - تعالى - : (وَإِنَّ يُونُسَ لَمِنَ الْمُرْسَلِينَ ، إِذْ أَبَقَ إِلَى الْفُلْكِ الْمَشْحُونِ ، فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ) [٥] [٦].

---

(١) سورة الكهف : الآية ٦٢ .
(٢) أحكام القرآن للجصاص ٥ / ٤٣ .
(٣) سورة المائدة : من الآية ٣٢ .
(٤) أحكام القرآن للجصاص ٤ / ٥٠ .
(٥) سورة الصافات : ١٣٩ ، ١٤٠ ، ١٤١ .
(٦) العدة فى أصول الفقه ٣ / ٧٥٤ .

٤ ـ استدلال العلماء على جواز قسمة المنافع مهايأة بحيث ينتفع كل شريك بالمال المشترك مدة معينة بما جاء في قسمة الماء بين قوم صالح عليه السلام وناقته يشربون يوما وتشرب الناقة يوما ، قال ـ تعالى ـ : (وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُحْتَضَرٌ) [١]

وقال : (لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ) [٢].

٥ ـ الاستدلال على توريث الجد وأنه أب لا يرث معه الأخوة بقوله ـ تعالى ـ : (وَاتَّبَعْتُ مِلَّةَ آبَائِي إِبْرَاهِيمَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ) [٣] حيث اعتبرت الآية الجد أبا [٤] .

٦ ـ الاستدلال على جواز طلب الضيافة بقوله ـ تعالى ـ : (فَانْطَلَقَا حَتَّى إِذَا أَتَيَا أَهْلَ قَرْيَةٍ اسْتَطْعَمَا أَهْلَهَا فَأَبَوْا أَنْ يُضَيِّفُوهُمَا ..) [٥] [٦].

---

(١) سورة القمر : الآية ٢٨ .
(٢) سورة الشعراء : من الآية ١٥٥ .
(٣) سورة يوسف : من الآية ٣٨ .
(٤) أحكام القرآن للجصاص ١ / ١٠٠ ، ١٠١ .
(٥) سورة الكهف : من الآية ٧٧ .
(٦) أحكام القرآن لابن العربي ٣ / ١٢٤٧ .

المبحث السادس
سـد الذرائـع

سد الذرائع مركب إضافى من لفظين هما : سد ، والذرائع ، ومعنى السد : الحاجز بين الشيئين ، والمراد به هنا المنع .

والذرائع جمع ذريعه ، وهى فى اللغة الوسيلة المؤدية إلى شىء آخر خيرا كان هذا الشىء أو شرا ، يقال : تذرع فلان بذريعة أى توسل بوسيلة (١) .

أما فى الاصطلاح فهى : الوسيلة المباحة الموصلة غالبا إلى محرم (٢) ، فالذرائع هى وسائل مباحة موضوعة أصلا للإفضاء إلى أمر مباح أو مستحب لكنها اتخذت وسيلة إلى المحرم إما بقصد أو بغير قصد من الفاعل .

لكن مجرد توصيلها إلى المحرم لا يكفى لعدها ذريعة إليه بل لابد من أن يكون إفضاؤها إليه يغلب على الظن .

فمعنى سد الذرائع هو : منع الوسائل المباحة فى الأصل الموصلة غالبا إلى محرم .

وعلى هذا :

- فمنع الوسائل المحرمة شرعا المفضية إلى محرم شرعى ليست من قبيل سد الذرائع المراد هنا .

---

(١) مختار الصحاح مادة (سدد) ، ولسان العرب مادة (ذرع) .
(٢) شرح الكوكب المنير ٤ / ٤٣٧ .

ومثال ذلك : منع الزنا المفضى إلى اختلاط الأنساب ، فهو ليس من باب سد الذرائع ؛ لأنه محرم أصلا ، ولا خلاف فيه .

- وكذلك الوسائل المباحة شرعا المؤدية نادرا إلى محرم فإنها ليست من قبيل الذرائع التى نتكلم عن سدها هنا ، بل هى مباحة بلا خلاف ، ولم يقل أحد بمنعها .

ومثال ذلك :

١ - زراعة العنب ، فإنه مباح مع أنه يحتمل أن يصنع منه خمرا ، لكن لندرة هذا الاحتمال لم تسد هذه الذريعة ولم يمنع من زراعة العنب ؛ لأنه مباح أصلا ، والمباح أصلا إنما أبيح لمصلحة محققة ، والمصلحة المحققة لا تترك لمفسدة نادرة وإلا لمنع المباح بالكلية ؛ إذ ما من شىء مباح إلا ويحتمل أن يؤدى إلى مفسدة حتى الأكل والشرب ، فمن رحمة الشارع بنا أنه لا يمنع المباح لمفسدة نادرة الحصول من جرائه .

٢ – التجاور فى البيوت فإنه مباح مع أنه يحتمل أن يؤدى إلى محرم هو الزنا ، لكن لما كان أداؤه إلى ذلك نادرا لم يمنع الشارع التجاور فى البيوت .

٣ – حفر بئر فى مكان يغلب على الظن عدم وقوع أحد فيه فإنه مباح بلا خلاف .

- وكذلك الفعل المباح المؤدى قطعا إلى محرم ، فإنه يجب سده ومنعه كذلك ، وهذا بلا خلاف ، فهو ليس من باب سد الذرائع المختلف فيه ، بل من باب ما لا خلاص من الحرام إلا باجتنابه ، ففعله حرام من باب ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

أما سد الذرائع الذى هو من أدلة التشريع المختلف فيها والذى نتحدث عنه هنا فهو : المنع من فعل مباح شرعا إذا كان يؤدى فيما يغلب على الظن إلى محرم ، أى المنع منه فى هذه الحالة دون سواها .

ومثاله :

١ – بيع العنب لمن عرف أنه يعصره خمرا .

فبيع العنب فى تلك الحالة ممنوع ، أما فى غير هذه الحالة فهو باق على أصله الإباحة .

٢ – زراعة العنب بقصد عصره خمرا . فزراعته فى تلك الحالة ممنوعة ، أما فى غير هذه الحالة فزراعته باقية على أصلها وهو الإباحة .

٣ – بيع العنب فى وقت اعتاد أغلب مشتروه عصره خمرا .

فبيعه فى هذا الوقت محرم أما فى غيره فليس حراما .

ومن ثم يتضح أن سد الذرائع لا يعنى أن كل ذريعة إلى محرم تمنع ، بل الذريعة المؤدية إلى المحرم غالبا ، وذلك بحسب مجارى العادات بين الناس .

هذا ، أما الفعل المباح الذى يتساوى إفضاؤه إلى المحرم وعدم إفضائه فإن القائلين بسد الذرائع قد اختلفوا فى منعه بين قائل بمنعه للاحتياط ، ولأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح وقائل بعدم منعه لأن تحريم الحلال أمر خطير فلا يقال به إلا بدليل ، والأولى الثانى ؛ لأنه عند عدم وجود مرجح للإباحة أو التحريم فالعمل بالأصل وهو الإباحة أولى (١) .

حجية سد الذرائع :

اختلف فى سد الذرائع ، فقال المالكية والحنابلة بسدها ، وقال أبو حنيفة والشافعى بعدم سدها ، وذلك لعدم تحقق الوقوع فى المحرم ولأنه لا يجوز التحريم بالظن ، ولأن الإسلام أمر باتباع الظاهر فقط من أحوال الناس وعدم مؤاخذتهم على ما تكنه نفوسهم ، فمن حكم على أفعال الناس بخلاف ظاهرها اعتمادا على أن ما فعلوا يحتمل غير ظاهره فقد خالف الكتاب والسنة (٢).

---

(١) انظر فيما تقدم : شرح الكوكب المنير ٤ / ٤٣٧ ، وإرشاد الفحول ٢٤٦ والموافقات ٢ / ٢٤٩ ، والفروق ٢ / ٣٢ ، والإمام أحمد لأبى زهرة ٣١٧ .

(٢) الأم ٧ / ٢٩٤ .

لكن هذا يجاب عنه :

بأن سد الذرائع ليس مؤاخذة بما تكنه النفوس وليس مخالفة للظاهر ، بل إنه عمل بالظاهر ؛ إذ إن الفعل إن كان يفضى غالبا فى وضع معين إلى المحرم كان ظاهره فى تلك الحالة أنه سبب للمفسدة والحرام ، فيكون حراما .

والتحقيق أن سد الذرائع أصل من أصول التشريع دل الكتاب والسنة والعقل على اعتباره ، فاستقراء النصوص الشرعية يفيد أن الشارع يمنع من الفعل المباح إذا كان يؤدى بحسب الظن الغالب إلى محرم ، وقد أورد ابن القيم تسعة وتسعين مثلا تدل على الاعتداد فى الشرع بسد الذرائع ومنعها (١) .

ومن أدلة سد الذرائع ما يلى (٢) :

١ ـ قوله تعالى : (وَلا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ) (٣) .

ووجه الدلالة : أن الله ـ تعالى ـ منع فى هذه الآية المؤمنين من فعل غير ممنوع فى الأصل هو سب آلهة المشركين ، وذلك بسبب ما يفضى إليه من سب المشركين الله ـ تعالى ـ رب العالمين .

---

(١) انظر إعلام الموقعين ٣ / ١٣٧ ـ ١٥٩ ، وانظر فيما تقدم : الموافقات ٣ / ٣٠٥ ، والبحر المحيط ٦ / ١٣ .
(٢) إرشاد الفحول ٢٤٦ ، والموافقات ٣ / ٣٠٥ ، والبحر المحيط ٦ / ١٣ .
(٣) سورة الأنعام : من الآية ١٠٨ .

٢ – قوله تعالى : (**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَقُولُوا رَاعِنَا وَقُولُوا انْظُرْنَا وَاسْمَعُوا**) [١] .

ووجه الدلالة : أنه ـ سبحانه وتعالى ـ منع المؤمنين من أن يقولوا له ـ صلى الله عليه وسلم ـ : " راعنا " كيلا يكون ذلك ذريعة إلى قول اليهود له ـ صلى الله عليه وسلم ـ ذلك القول مع صرفهم إياه عن معناه إلى معنى آخر له في لغتهم هو : اسمع لا سمعت .

٣ – قوله تعالى : (**وَلا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ**) [٢] .

ووجه الدلالة : أنه ـ سبحانه وتعالى ـ نهى المؤمنات عن فعل لا شيء فيه هو ضربهن الأرض بأرجلهن حال المشي لما يفضي إليه من سماع الرجال صوت خلاخيلهن فتتحرك الغرائز الكامنة .

٤ – أنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ نهى عن الجمع بين السلف والبيع مع أن كلا منهما مباح ؛ لأن اقترانهما قد يفضي إلى الربا المحرم .

٥ – أنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ أمر الملتقط أن يشهد على اللقطة ، وذلك كيلا يفضي عدم الإشهاد إلى كتمانها بعد ذلك .

٦ – أنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ نهى الدائن عن قبول هدية المدين مع أن الإهداء مباح بل مستحب ، وذلك كيلا يفضي السماح بأخذها إلى

---

(١) سورة البقرة : من الآية ١٠٤ .
(٢) سورة النور : من الآية ٣١ .

الاستعاضة بها عن الربا . وكذلك نهى كل من يلى وظيفة عامة عن قبول الهدية كيلا يكون ذلك ذريعة إلى قضاء حاجة المهدى ولو لم يكن صاحب حق .

٧ – أنه - صلى الله عليه وسلم - امتنع عن هدم الكعبة وبنائها على قواعد إبراهيم مع أن هذا الفعل الأصل فيه أنه مأذون فيه شرعا، وذلك كيلا يفضى هدمها وتغيير البناء إلى ارتداد العرب حديثى العهد بالشرك عن الإسلام .

٨ – أنه - صلى الله عليه وسلم - امتنع عن قتل المنافقين كيلا يفضى قتلهم إلى استغلال الكفار ذلك فى صرف الناس عنه - صلى الله عليه وسلم - بقولهم : إن محمدا - صلى الله عليه وسلم - يقتل أصحابه [١] .

٩ – أنه من غير المعقول أن يحرم الشارع شيئا ثم يترك الأسباب الموصلة إليه مباحة ، إذ إن ذلك يعد نقضا للتحريم وإغراء للنفوس بفعله .

فأصل سد الذرائع مجمع عليه ، فكل الأئمة فى الجملة يسدون الذرائع ، ويمنعون وسائل الفساد وطرق المحرمات [٢] ، لكن الاختلاف فيه من ثلاث جهات [٣] :

---

(١) متفق عليه البخارى كتاب المناقب باب ما ينهى عن دعوى الجاهلية ، ومسلم كتاب البر والصله باب نصر الأخ ظالما أو مظلوما .

(٢) الفروق ٢ / ٣٢ وما بعدها ، ٣ / ٢٦٦ ، والموافقات ٢ / ٢٥٠ ، ٣ / ٣٢٥ ، وحاشية العطار ٢ / ٣٩٩ ، والبحر المحيط ٦ / ٨٢ وما بعدها .

(٣) الموافقات ٢ / ٢٥٠ ، ٣ / ٣٠٥ ، والأم ٣ / ٢٧٢ ، وأصول الفقه لأبى زهرة ٤ / ٢٣٣ ، والبحر المحيط ٦ / ٨٢ وما بعدها .

الجهة الأولى : أن مالكا توسع فى الأخذ بسد الذرائع حتى نسب العمل به إليه ، وتبعه فى ذلك الإمام أحمد ، لكن الشافعى وأبا حنيفة كانا مقلين فى الأخذ به ، حيث عملا به فى بعض الفروع ومنعا العمل به فى فروع أخرى حتى ظن أنهما غير قائلين بسدها ومرجع عدم عملهم به إما عدم تحقق مناطه فى بعض الفروع وإما معارضة دليل آخر له راجح عليه فى بعض الفروع الأخرى فعملوا فيها بالدليل الراجح وتركوه .

وهذا لا يعد خلافا حقيقيا فى سد الذرائع ، ولا يعد فاعله مخالفا فى الحقيقة فى القول بسدها مادام يقول بسدها عند تحقيق مناطه وعدم معارضة دليل آخر له .

جاء فى إرشاد الفحول نقلا عن القرطبى : " سد الذرائع ذهب إليه مالك وأصحابه ، وخالفه أكثر الناس تأصيلا وعملوا عليه فى أكثر فروعهم تفصيلا [١] .

الجهة الثانية : أن المالكية والحنابلة يرون سد الذرائع دليلا مستقلا من أدلة الأحكام ، أما غيرهم فإنهم قد عملوا بمقتضاه فى اجتهاداتهم ، غير أنهم لم يعتبروه أصلا قائما بذاته ، بل أدرجوه فى أصل آخر .

---

(١) إرشاد الفحول ص ٢٤٦ .

وهذا الأصل الآخر كالمصلحة المرسلة أو غيرها ، أما إدراجه في المصلحة فلأن المصلحة ليست فقط جلب المنفعة ، بل إن دفع المضرة أيضا نوع من المصلحة ، فمنع ما يوصل إلى المحرم الذى فيه مفسدة ومضرة دفع للمضرة والمفسدة ، فيكون مصلحة .

وأما إدراجه فى غير المصلحة **فمثاله** : القول ببطلان بيع العنب لمن يتيقن إنه يعصره خمرا ؛ لأن هذا البيع من التعاون على الإثم والعدوان المنهى عنه بقوله - تعالى - : (**وَلا تَعَاوَنُوا عَلَى الأِثْمِ وَالْعُدْوَانِ**) [1] .

الجهة الثالثة : أن العلماء اختلفوا فى تحقيق مناط سد الذرائع على ثلاثة أقوال :

- فالمالكية والحنابلة لا ينظرون إلى قصد الفاعل ، وإنما العبرة عندهم بالمآل الذى يؤول إليه الفعل غالبا أى نتيجته ، فما دام يؤول إلى محرم فهو محرم .

ومن ثم قالوا بتوريث المطلقة طلاقا بائنا فى مرض موت الزوج ردا لقصده السيء الذى دل عليه مرضه .

- والحنفية يرون أنه لابد من وجود قرينة محققة بالفعل تكون قوية الدلالة على قصد فاعله التوصل به إلى المحرم كما فى المثال السابق .

---

(١) سورة المائدة : من الآية ٢ .

فإن لم تكن القرينة قوية فإن الفعل لا يكون ممنوعا .

- والشافعية يرون عدم الاكتفاء بالقرائن ، بل لابد عندهم من أن يصدر عن الفاعل لفظ يدل على قصده المحرم .

فإن صدر عنه ذلك كان فعله ممنوعا شرعا ، وإن لم يصدر منه هذا اللفظ لم يكن الفعل ممنوعا حتى وإن دلت القرائن على قصده المحرم .

فالشافعية ينظرون إلى نفس الفعل لا إلى مآله .

ومن ثم لم يقل الشافعي بإرث المطلقة طلاقا بائنا فى مرض موت زوجها حيث لم يصدر منه بالفعل ما يدل على قصده المحرم (١) .

ومما تقدم يتضح أن المالكية والحنابلة قائلون بسد الذرائع وبمنعها مادامت توصل إلى الممنوع شرعا ، أما الشافعية فإنهم قائلون بعدم منعها إلا إن صدر من الفاعل لفظ يدل على قصده التوصل بهذا الفعل إلى المحرم ، أما الحنفية فإنهم توسطوا فلم يكتفوا بأدنى قرينة تدل على قصد التوصل للمحرم ولم يشترطوا ضرورة تلفظ الفاعل بما يفيد قصده الوقوع فى المحرم وإنما اشترطوا قوة القرينة الدالة على قصد المحرم .

---

(١) انظر فيما تقدم : شرح الكوكب المنير ٤ / ٤٣٧ وما بعدها ، والموافقات ٢ / ٢٥٠ ، والمدخل إلى مذهب أحمد ص ١٣٨ ، وإرشاد الفحول ص ٢١٧ ، والأم ٣ / ٣٣ .

ووجهة الشافعية :

١ - أن تلك الأفعال التى يتوصل بها إلى الممنوع شرعا مباحة فى الأصل ، فمجرد احتمال قصد إفضائها إلى الممنوع لا يكفى لجعلها ممنوعة .

٢ ـ أنه ينبغى حسن الظن بالمؤمن وحمل حاله على الصلاح ، وعدم قصد الوقوع فى المحرم مادام لم يظهر منه بالفعل ما يدل على هذا القصد .

٣ ـ أن الشرع قد ورد بإباحة تلك الأفعال ، فينبغى ترجيح الإباحة الشرعية العامة الواردة فيها على الضرر المحتمل قصده المتأتى منها .

أما المالكية والحنابلة فوجهتهم :

١ ـ أن سد الذرائع أصل من أصول التشريع ودليل معتبر من أدلة الأحكام قامت الأدلة على اعتباره كما سبق توضيحه .

٢ ـ أننا رأينا الشارع حرم أشياء مباحة عند أدائها إلى شىء محرم، فالبيع مباح فى الأصل ، لكنه - فى وقت النداء للجمعة ممنوع .

٣ ـ أنه من غير المقبول عقلا أن يمنع الشارع شيئا ثم يترك الأسباب الموصلة إليه على إباحتها الأصلية .

المبحث السابع

العـــــرف

العرف يطلق لغة على تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض ، كما يطلق على المعروف [١] .

أما عند الأصوليين فهو ما ألفه الناس أو أهل بلد معين أو طائفة معينة من الناس واعتادوه من فعل أو كلمة اعتادوا إطلاقها على معنى معين بحيث يتبادر إلى أذهانهم عند سماعها دون غيره [٢] .

فالعرف عادة ، لكنه عادة جماعية ، فبين العرف والعادة عموم وخصوص مطلق ، يجتمعان في العادة الجماعية ، فتسمى عادة وتسمى عرفا وتنفرد العادة بالعادة الفردية ، فتسمى عادة ولا تسمى عرفا .

ومن جهة أخرى ، فإنهما يجتمعان في الأفعال فتسمى عادة وتسمى عرفا ، وينفرد العرف بالأقوال فتسمى عرفا ولا تسمى عادة .

---

(١) معجم مقاييس اللغة ج ٤ ص ٢٨١ ، والقاموس المحيط ص ١٠٨١ .
(٢) انظر : حاشية التوضيح والتصحيح لمشكلات التنقيح ج ١ / ٢٤٨ ، ورسائل ابن عابدين ٢ / ١٢٥ ، وبلوغ السول شرح منظومة ابن عاصم في الأصول ص ٣٢٠ ، وأصول الفقه الإسلامي لزكي الدين شعبان ص ١٥٦ .

ورأى البعض ترادف العادة والعرف ، فيطلق كل منهما على ما يطلق عليه الآخر [(١)] .

ويختلف العرف عن الإجماع ؛ إذ الإجماع يحصل بمجرد اتفاق المجتهدين دون حاجة إلى اعتياد وتكرر ، ثم إن المراد بالناس في تعريف العرف هم جميع الناس مجتهدوهم وعوامهم أو أكثرهم أو أهل بلد أو طائفة معينة مخصوصة من الناس كما سبق .

أما الإجماع فإنه لا دخل للعوام فيه ، وأيضا فالحكم الثابت بالإجماع لا يمكن تغيره ، أما الحكم المبنى على العرف فإنه يتغير إن تغير العرف المبنى عليه [(٢)] .

ومع ذلك فالمجمع عليه من عمل يصير عرفا عاما بتكرر وقوعه من المجتهدين وغيرهم .

أنواع العرف :

العرف كما هو واضح من تعريفه قد يكون قوليا أو عمليا ، وكل منهما قد يكون عاما أو خاصا ، وها هو بيانها :

---

(١) انظر فيما تقدم : كشف الأسرار عن أصول / البزدوى ٣ / ٩٦ ، وتيسير التحرير ١ / ٣١٧ ، وأصول أبو زهرة ص ١٩٥ ، والمستصفى للنسفى ١ / ١٧ ، ورسائل ابن عابدين ١ / ١٨٦ ، ٢ / ١٢٥ .

(٢) بحوث فى الاجتهاد فيما لا نص فيه ص ٢٠١ ، وأصول الفقه لزكى الدين شعبان ص ٢٣٢ .

١ - العرف القولى : وهو :

ما اعتاده الناس أو طائفة معينة منهم فى بعض الألفاظ من إرادة معنى معين بها غير معناها الموضوعة له فى اللغة [١] .

وما اعتاده الناس كلهم من ذلك فهو عرف قولى عام كاعتيادهم إطلاق لفظ الولد على الابن دون البنت مع أنه موضوع فى اللغة لكليهما ، ويسمى هذا النوع حقيقة عرفية عامة .

أما ما اعتاده من ذلك طائفة معينة منهم فهو عرف قولى خاص كاعتياد أهل بلد معين أو علم معين أو حرفة معينة إطلاق بعض الألفاظ على معان معينة غير معانيها اللغوية ، كتعارف أهل العراق على إطلاق لفظ الدابة على الفرس ، وتعارف الأصوليين على أن المراد بالقلب ربط المعترض حكما مخالفا لحكم المستدل بعلة المستدل وأصله مع أن معناه فى اللغة العضلة المعروفة أو جعل أسفل الشئ أعلاه أو أعلاه أسفله ، ويسمى هذا النوع حقيقة عرفية خاصة أو اصطلاحية .

والألفاظ التى استعملها الشرع مريدا بها معان خاصة من قبيل الحقائق العرفية الخاصة وتسمى حقائق شرعية .

---

(١) التقرير والتحبير ١ / ١٨٢ .

٢ ـ العرف العملى :

ما اعتاده الناس أو طائفة منهم من أعمال وتصرفات ، وما اعتاده الناس من عمل فهو عرف عملى عام ، كاعتيادهم على أن من يعطى البائع مبلغا من المال ويأخذ السلعة من أمامه فإنه يقصد بذلك شراءها منه ، وهو المعروف بالبيع بالتعاطى ، وكتعارفهم تقسيم المهر إلى مقدم ومؤخر ونحو ذلك .

أما ما اعتاده طائفة معينة منهم من عمل فهو عرف عملى خاص كاعتياد التجار إثبات ما على عملائهم من ديون فى سجلات معينة بدون إشهاد عليها وتكون حجة فيما بينهم [1] .

حجية العرف :

العرف معتبر فى الشرع وتبنى عليه الأحكام ودليل ذلك :

١ ـ أن الشارع الحكيم راعى الصالح من أعراف العرب الذى استقرت عليه معاملاتهم كالمضاربة والسلم وفرض دية المقتول خطأ على العاقلة فقبلها وشرعها بعد أن نظمها لهم .

٢ ـ أن العديد من آى الذكر الحكيم ورد فيها اعتبار العرف ، ومنها قوله ـ تعالى ـ : (وَمَنْ كَانَ غَنِيّاً فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ

---

(١) انظر فيما سبق : شرح التنقيح للقرافى ، والموافقات ٢ / ٢٢٠ ، ٢٨٣ ، ٢٨٤ .

بِالْمَعْرُوفِ) [١] أى حسب المتعارف عليه فى مثل ذلك ، وقوله سبحانه : (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) [٢] " أى بحسب العرف .

٣ – روى أن ناقة البراء - رضى الله عنه - دخلت حائطا فأفسدت فيه فقضى - صلى الله عليه وسلم - على أهل الحائط حفظها بالنهار ، وعلى أهل المواشى حفظها بالليل [٣] فقد بنى النبى - صلى الله عليه وسلم - التضمين على ما جرت به العادة .

٤ – قوله - صلى الله عليه وسلم - لهند زوج أبى سفيان حينما شكت إليه تقتير زوجها عليها : " خذى من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف " [٤] أى العرف .

ووجه الدلالة :

أنه - صلى الله عليه وسلم - جعل العرف فى هذا الحديث ضابطا للنفقة الواجبة .

٥ – أن الفقهاء فى مختلف العصور والأمصار قد احتجوا بالعرف وراعوه فى اجتهادهم وفهمهم النصوص وكلام الناس وتصرفاتهم وشاع بينهم قولهم : " العادة محكمة " ، و

---

(١) سورة النساء : من الآية ٦ .
(٢) سورة البقرة : من الآية ٢٣٣ .
(٣) رواه أبو داود .
(٤) متفق عليه .

" المعروف عرفا كالمشروط شرطا " ، وهذا يعد إجماعا - سكوتيا - منهم على اعتباره .

٦ - أن النصوص الشرعية دلت على وجوب جلب المصالح ودفع المضار ، وفى إقرار الناس على ما تعارفوا عليه فى أقوالهم وتصرفاتهم مصلحة لهم ، فيجب مراعاة ما تعارفوا عليه وإقراره .

٧ - أن فى منع الناس مما تعارفوا عليه فى أقوالهم وأفعالهم مشقة وحرجا وإضرارا بهم ، وكل ذلك مرفوع عن الأمة [(١)] .

وقد ذكر العديد من الأصوليين خاصة الحنفية والمالكية العرف ضمن مصادر التشريع وأدلة الأحكام وهم لا يعنون بذلك أن العرف كالقرآن والسنة والقياس ينشىء الأحكام الشرعية أو يظهرها إذ إن هذا لم يقل به أحد من الأصوليين ، بل يعنون أن نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية التى للشرع أو العرب وقت التنزيل عرف معين فيها لا تفسر حسب معانيها اللغوية الأصلية بل تفسر بما تدل عليه من معان فى عرف الشرع إن كان ثم عرف العرب وقت التنزيل إن كان .

---

(١) انظر فيما سبق : الموافقات ٢ / ٢٨٦ ، وأثر العرف فى التشريع ص ١٧٦ وما بعدها ، والبرهان ١ / ٢٩٦ وما بعدها ، وقواطع الأدلة ٢ / ٦٦ والفروق ١ / ١٧١ ، والمهذب فى أصول الفقه المقارن ٣ / ١٠٢٢ ، وشرح الكوكب المنير ص ٦٠٠ ، وإعلام الموقعين ٢ / ٣٩٣ .

فلفظ الربا مثلا الوارد فى القرآن الكريم لا يفسر بمعناه اللغوى وهو الزيادة ، بل بالزيادة المعينة المعروفة المحرمة .

ويعنون كذلك أن عبادات الناس فى أيمانهم وتعاملاتهم وإقراراتهم ونحوها تفسر بما تعارف عليه الناس لا بمعانيها اللغوية .

وكذلك تصرفاتهم وتعاملاتهم نفسها تفسر بما جرى عليه عرف الناس فيها ، فإذا جرى تصرف معين فإن الذى يحدد حقوق والتزامات العاقدين هو العرف . وإذا سكتوا عن التصريح بشىء فهو اكتفاء بما يقتضى به العرف ؛ إذ إن للعرف قوة اللفظ فى الدلالة على المراد .

فالعرف يبين المراد من أقوال الشخص وتصرفاته العملية كما يبين الحقوق والالتزامات المترتبة على تلك التصرفات .

ومرجع مراعاة العرف واعتباره فى كل ذلك ليس كون العرف نفسه دليلا شرعيا فى الحقيقة بل مرجع اعتباره أدلة التشريع الأخرى كالإجماع أو الأصل فى الأشياء والتصرفات النافعة الإباحة أو المصلحة المرسلة .

ووجه رجوعه إلى الإجماع : جريان العرف بالعمل به بلا إنكار فيكون إجماعا سكوتيا وذلك كعقد الاستصناع .

أما وجه رجوعه إلى الأصل فهو : أن فعل الناس إياه وتكرره منهم يفيد أنه تصرف نافع لهم فيكون مباحا .

وأما وجه رجوعه إلى المصلحة المرسلة فهو : أن منـع النـاس مما اعتادوه وجرى عليـه عرفـهم فيـه مشقة عليـهم وإيقـاع لـهم فـى الضيـق والحـرج ، وذلـك إضـرار بـهم ودفـع الضـرر نـوع مـن المصلحة .

هذا ، واعتبار العرف بهذا المعنى الذى وضحناه متفق عليه بيـن المذاهب الفقهية لكن بين تلك المذاهب شىء مـن الاختـلاف كمـا فـى التخصيص بالعرف ـ كمـا سيأتى ـ وكمـا فـى تنزيل العـرف منزلـة الشرط حيث اتفق عليه الجمهور واختلف فيه الشافعية على قوليـن : أصحها عندهم أنه لا ينزل منزلة الشرط [١].

شروط اعتبار العرف [٢] :

يشترط لاعتبار العرف عدة شروط ، وهى :

١ ــ ألا يخالف العرف نصا من كتاب أو سـنة مخالفـة يـترتب معـها على الأخذ به إبطال العمل بالنص بالكليـة كتعـارف النـاس علـى أن ما يقدمه الخاطب لمخطوبته من ثياب وأطعمة ونحوهما هدية وليس من المهر .

---

(١) العرف والعادة لأبـى سـنة ص ٢٣ ، ومـالك لأبـى زهـرة ص ٤٢٠ ، والأشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٩ وما بعدها .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٠١ وما بعدها ، ورسائل ابن عـابدين ج ٢ / ١٣٠ وما بعدها ، وقواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢ / ١٨٦ ، والمنثور فى القواعد للزركشى ٢ / ٣٥٧ وما بعدها .

فهذا العرف لا يخالف نصا من كتاب أو سنة .

وكتعارف الناس على عقود الاستصناع مع أن المبيع فيها معدوم ، فهذا العرف وإن خالف نصا هو نهيه - صلى الله عليه وسلم - عن بيع المعدوم ، إلا أن تلك المخالفة لا يترتب معها على العمل بعقود الاستصناع إبطال العمل بهذا النص بالكلية ، حيث يبقى النص رغم هذا العرف يعمل به فى بيع المعدوم فى غير عقود الاستصناع، فلا تصح .

أما إن خالف العرف نصا من كتاب أو سنة مخالفة يترتب معها على العمل به إبطال العمل بالنص بالكلية فإنه لا يكون عرفا معتبرا كتعارف الناس على الاقتراض من البنوك أو إقراضها بالربا وكتعارف النساء على كشف عوراتهن والرقص فى الأفراح - ويسمى هذا عرفا فاسدا .

٢ - أن يكون العرف مطردا بأن يجرى عليه أهله فى جميع تصرفاتهم أو أغلبها فإن لم يكن مطردا أو غالبا بأن كان أهله يجرون عليه فى بعض تصرفاتهم ولا يجرون عليه فى بعضها الآخر فإنه لا يعد عرفا معتبرا ؛ لأن اعتبار جريهم عليه ليس بأولى من اعتبار عدم جريهم عليه .

ومثال ذلك : تعارف بعض الشركات الصناعية على أن يضمنوا ما صنعوا مدة معينة ، فإن بعض الشركات الأخرى تعارفت على

عدم هذا الضمان فلا يعد عرف الضمان مطردا بسبب ذلك ، وعليه فلا يعتبر دون نص عليه .

٣ ـ أن يكون العرف موجودا عند ورود النص أو إجراء التصرف، فالنصوص والعبارات والتصرفات تفسر وفقا للعرف السائد عند وجودها لا وفقا للعرف الحادث بعد .

وعلى هذا فلو كان العرف السائد عند إجراء عقد الزواج هو تعجيل ثلثى المهر وتأجيل الثلث الأخير إلى الطلاق أو الموت ثم تغير هذا العرف وصار المتعارف فى المهر هو تعجيل المهر كله فإن هذا العرف الجديد لا يسرى على هذا العقد ، فلو طالبت المرأة بباقى المهر بناء على هذا العرف الجديد لا يستجاب لطلبها ولا يقضى لها به بل يبقى العرف الذى أجرى العقد فى ظله ساريا على هذا العقد .

٤ ـ ألا يتفق العاقدان على خلاف العرف السائد ، فإن اتفق العاقدان صراحة على عكسه يعمل بما صرحا به لا بما جرى عليه العرف .

فمثلا : لو كان العرف الجارى فى بلد ما أن مصاريف تسجيل العقار على المشترى ، واتفق الطرفان على جعلها على البائع فإن العرف لا يحكم فى هذه الحالة عند تنازع المتعاقدين وإنما يعمل بما اتفقا عليه .

التخصيص بالعرف :

النص الشرعى العام يخصص بالعرف القولى بلا خلاف فى ذلك ؛ لأن العرف القولى حقيقة عرفية والحقيقة العرفية مقدمة على اللغوية .

أما العرف العملى فإنه يخصص به عند الحنفية كالقولى ؛ إذ لا فارق بينهما يؤثر فى اختلاف حكمهما ؛ لأن كلا منهما يتبادر من اللفظ عند إطلاقه ، ولا فارق بينهما سوى أن منشأ تبادر العرف القولى استعمال اللفظ فيه ومنشأ تبادر العرف العملى العمل والفعل وهذا لا يعد فارقا مؤثرا فى الحكم .

فلو حرم النبى - صلى الله عليه وسلم - شيئا بلفظ عام ثم رأينا العرف جار بفعل بعض أفراد هذا الشئ كان المراد من ذلك العام ماعدا هذا البعض الذى جرت العادة بفعله .

وعند المالكية يخصص به - أى بالعرف العملى - إن كان موجودا وقت التنزيل، أما ما يوجد بعد فإنه لا يخصص النص الشرعى إلا إن كان العرف الجديد بديلا للعرف السابق الذى كان وقت التنزيل ، فكما خصص العرف الكائن وقت التنزيل النص الشرعى فإنه عند تغيره بعرف آخر يخصص هذا العرف الآخر النص كذلك.

أما الجمهور فيرون أن العرف العملى لا يخصص النص الشرعى العام بل يبقى على عمومه ؛ لأن العرف العملى فعل ،

والفعل لا يعارض وضع اللغة ، وأيضـا فأفعـال النـاس ليست حجـة على الشرع ، فالعرف العملى حتى لو كان موجودا وقـت التـنزيل لا يخصص النص الشرعى عندهم إلا إن أقره الشرع أو أجمـع عليـه ، وعندئـذ يكـون المخصـص هـو تقريـر الشـرع أو الإجمـاع لا ذات العرف .

وأرى أن العرف الذى يخصص به النص الشرعى لابد أن يكون عاما مطردا ، وعمومه واطراده يعنى أنه مجمع عليه ، ومادام كذلك فـلا خـلاف فـى التخصيص بـه وإن عد المخصـص فـى الحقيقـة الإجماع .

أمـا العـام من ألفـاظ النـاس فإنـه يخصـص بعـرف الشـرع كمـا يخصص بما تعارف عليه هؤلاء الناس أيضا قولا كان أو فعلا فمـن نذر صوم الدهر مثلا لم يلزمه صوم الأيام المنهى عن صومـها ولـم يدخل فى نذره الصوم الواجب بالشرع ، وهو شـهر رمضـان أيضـا ويستوى فى ذلك ما إذا كان عرف الناس عاما أو خاصا .

لكـن التخصيـص بـالعرف الخـاص إنمـا هـو فـى حـق أهـل هـذا العرف دون سواهم ، فيكـون النـص عامـا غـير مخصـص فـى حـق غيرهم وعاما مخصوصا بعرفهم الخاص فى حقهم .

ومثال التخصيص بالعرف :

تخصيص حديث نهيه - صلى الله عليه وسلم - عن بيع ما ليس عند الإنسان بتعارف الناس على عقود الاستصناع مع أن المبيع فيها معدوم عند العقد .

هذا ، وكما يخصص العرف العام فإنه يقيد المطلق ، فلا يشمل المطلق خلاف المتعارف عليه مما يصدق عليه أصلا ، فمن حلف لا يأكل لحما لا يحنث بأكل السمك حيث لا يسمى لحما عرفا .

وخالف في تقييد المطلق بالعرف العملي أبو حنيفة والقرافي ، لكن جمهور الحنفية والمالكية قد خالفوهما ؛ لأن تقييد المطلق بالعرف تعيين للحصة الشائعة ، أما تخصيص العام بالعرف فإنه يخرج منه بعض مدلوله ، فالأول أهون ، فمن قال به يلزمه القول بالثاني [١] .

أثر العرف في تغير الأحكام :

الأحكام الفقهية المبنية على العرف تتغير تبعا لتغير العرف ، وقد حكى القرافي الإجماع على تغير الأحكام المبنية عليه تبعا لتغيره

---

(١) انظر في تخصيص العام بالعرف : حاشية العطار على شرح المحلى على جمع الجوامع ٢ / ٧٠ ، وحاشية البناني ٢ / ٣٥ ، والمعتمد ١ / ٣٠١ ، والمستصفى ٢ / ١١١ ، ١١٢ ونهاية السول ١ / ١٣٨ ، والفروق ١ / ١٧٣ ؛ ورسائل ابن عابدين ٢ / ١١٦ ، ١٣٦ والمجموع ١١ / ٣٢٦ ، ٣٢٧ ، وإرشاد الفحول ١٦١ ، وأصول زهير ٢ / ٣١١ .

فقال : " ما الصحيح فى هذه الأحكام الواقعة فى مذهب الشافعى ومالك وغيرهما المترتبة على العوائد وعرف كان حاصلا حال جزم العلماء بهذه الأحكام ، فهل إذا تغيرت تلك العوائد تبطل هذه الفتاوى المسطورة فى كتب الفقهاء ، ويفتى بما تقتضيه العوائد المتجددة ؟ ".

وبعد أن أورد هذا السؤال أجاب قائلا :

" إن إجراء الأحكام التى مدركها العوائد مع تغيير تلك العوائد خلاف الإجماع وجهالة فى الدين ، بل كل ما هو فى الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغيير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة " ، وقال أيضا : " وإجماع المسلمين على أنه إذا تغيرت العادة تغير الحكم وحرمت الفتوى بالحكم الأول " [١] .

ومن أمثلة ذلك : الفتوى بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن الكريم بعد أن كانت الفتوى بمنع ذلك ؛ وذلك لأن العرف قد تبدل حيث كان يخصص لهؤلاء المعلمين عطاءات من بيت مال المسلمين ثم انقطع ذلك ، وصاروا لا يعطون شيئا ، فلو لم يأخذوا أجرة لهجر الناس تعليم القرآن ، وفى ذلك من المضرة ما فيه .

هذا ، وإذا عاد الناس إلى العرف الأول فإن الحكم الأول الذى ترك لتغير العرف يعود مرة أخرى ، ومن ثم يعلم أن تغير الأحكام

---

(١) الإحكام فى تمييز الفتاوى عن الأحكام ص ٧٠ .

بتغير الأعراف ليس من قبيل النسخ [(١)] .

فروع فقهيه انبنت على الاحتجاج بالعرف :

الفروع الفقهية المبنية على الاحتجاج بالعرف كثيرة حيث يرجع إليه فى كثير من الأحكام الفرعية خاصة الأيمان والنذور والطلاق ، ومنها :

١ – لو حلف إنسان على أنه لن يضع قدمه فى دار فلان حمل يمينه على الامتناع من دخول الدار لا على مجرد وضع قدمه فيها ؛ لأن الأول هو المقصود من هذا القول فى عرف الناس .

وعليه فلو وضع قدمه فيها وجسده خارج الدار لا يحنث ، أما إن دخلها دون أن تمسها قدمه كما لو دخلها راكبا أو محمولا فإنه يحنث .

٢ – يرجع إلى العرف فى معرفة حرز الشىء الذى يعد أخذه منه خفية سرقة ، فحرز الشىء هو ما عد فى العرف حرزا لهذا الشىء ، أى : كل شىء جرت عادة الناس بحفظ ذلك الشىء فيه.

٣ – القول بصحة بيع المعاطاة ، بأن يأخذ المشترى المبيع ويدفع الثمن للبائع ، أو يدفع البائع المبيع له فيعطيه الآخر ثمنه من غير كلام ، وذلك لأن الله ـ تعالى ـ أحل البيع ولم يبين كيفيته ، فرجع فى تلك الكيفية إلى العرف .

---

(١) الموافقات ٢ / ٢٨٢ ، ورسائل ابن عابدين ٢ / ١٢٥ .

٤ ــ استعمال المستعير للعارية محدد بالاستعمال المتعارف عليه للمستعار ، فلو خالف المستعير ذلك ضمن .

٥ ــ النفقة الواجبة للزوجة تقدر بحسب العرف .

٦ ــ إحياء الأرض الميتة يختلف بحسب عرف الناس فى الغرض المقصود من الإحياء كالسكنى أو الزراعة أو حظيرة دواب [1] .

---

(١) بداية المجتهد ٢ / ٤٤٠ ، والمغنى ٣ / ٤٨١ ، ٩ / ١١١ وما بعدها ، وقليوبى وعميره على شرح المحلى على المنهاج للنووى ٣ / ٩٠ ، ٩١ ، ٤ / ٢٧٧ ، وشرح الكوكب المنير ص ٦٠٠ ، والأشباه والنظائر للسيوطى ٩٩ وما بعدها .

المبحث الثامن

الاســـــتقراء

الاستقراء هو : تصفح أمور جزئية ليحكم بحكمها على كلىّ يشملها [١]، أى تتبع جميع جزئيات كلىّ - أى أفراده - أو أكثرها لإثبات حكمها له [٢] .

فهو استدلال بثبوت الحكم للجزئيات الحاصل بتتبع حالها على ثبوت الحكم لكلىّ تلك الجزئيات [٣] ، وبواسطة ثبوته للكلىّ يثبت للصورة المتنازع فيها لكونها من جزئيات ذلك الكلى ومندرجة تحته.

فإثبات الحكم للكلى إنما هو لينتقل منه إلى إثباته للصورة المتنازع فيها ، وإنما احتيج إلى إثباته للكلىّ أولا ؛ لأن وجه إثباته فى صورة النزاع اشتراكها مع ما ثبت فيه الحكم فى أمر كلى بناء على اتحاد حكم الجنس أو النوع الواحد [٤] .

ففى الاستقراء حكمان : حكم على الكلى ، وحكم على الجزئى صورة النزاع ، ومرجع ثبوت الحكم للكلى ثبوته لجميع جزئياته أو أغلبها عدا صورة النزاع ، ومرجع ثبوت الحكم للجزئى صورة النزاع ثبوت الحكم للكلى [٥] .

---

(١) البحر المحيط ٦ / ١٠ .
(٢) شرح المحلى على جمع الجوامع ٢ / ٣٤٥ .
(٣) حاشية البنانى ٢ / ٣٤٦ .
(٤) تقرير الشربينى على شرح المحلى وحاشية البنانى ٢ / ٣٤٥ ، ٣٤٦ .
(٥) تقرير الشربينى على شرح المحلى وحاشية البنانى ٢ / ٣٤٥ ، ٣٤٦ .

وينقسم الاستقراء إلى نوعين : تام وناقص .

ووجه هذا التقسيم أن التصفح المذكور إما أن يكون لجميع الجزئيات ماعدا صورة النزاع ، وإما أن يكون لأكثر الجزئيات الخالى عن صورة النزاع .

والاستقراء التام هو : تصفح جميع جزئيات كلى عدا صورة النزاع وذلك ليثبت حكمها له ، كتصفح جميع جزئيات الجسم ليثبت حكمها - وهو التحيز - له .

والعلم بكون المستقرأ جميع جزئيات الكلى يحصل بتيقن أنه ليس له جزئى آخر فى الواقع ترك بلا استقراء .

وهذا النوع دليل قطعي - بحسب العادة لا العقل - فى إثبات الحكم للكلى لأن الحكم إذا ثبت لكل فرد من أفراد شىء على التفصيل ثبت لا محالة لكل أفراده على الإجمال [١] ، وبالتالى فى صورة النزاع التى هى من جزئياته وأفراده ، وهو حجة بلا خلاف [٢] .

ومثاله : كل صلاة إما أن تكون فرضا أو نفلا وأيهما كانت فلابد لها من الطهارة فكل صلاة لابد لها من الطهارة [٣] .

والاستقراء الناقص هو : تصفح أكثر جزئيات كلىّ ليس من بينها صورة النزاع ليثبت حكمها له ، وذلك بأن يدعى بحسب الظاهر أن

---

(١) البحر المحيط ٦ / ١٠ .
(٢) البحر المحيط ٦ / ١٠ .
(٣) البحر المحيط ج ٦ / ١٠ .

جزئياته ما ذكر واستقرىء فقط مع أن هناك جزئيا آخر له فى الواقع لم يذكر ، ولم يستقرأ حاله ؛ لعدم خطوره ببال المستقرىء .

وذلك كتصفح جزئيات الحيوان أى أفراده ليثبت حكمها وهو تحريك فكها الأسفل عند المضغ له .

وإنما كان ناقصا ؛ لأن الحكم المذكور غير ثابت فى بعض جزئيات الحيوان ، حيث إن التمساح منها ، وهو لا يحرك فكه الأسفل عند المضغ .

وقد مثّل له القاضى البيضاوى وغيره بـ : استدلال الشافعية على عدم وجوب الوتر بأنه - صلى الله عليه وسلم - قد صلاه على الراحلة ، واستقراء صلاته - صلى الله عليه وسلم - أثبت أنه لم يصل الفروض على الراحلة [١] .

لكن فى هذا التمثيل نظر ؛ إذ إنه أقرب إلى الاستقراء التام وهذا النوع - الاستقراء الناقص - قد اختلف فيه :

فرأى الجمهور أنه يفيد الظن بثبوت الحكم للكلى وبالتالى فإنه يفيد الظن بثبوت الحكم لصورة النزاع .

ورأى الفخر الرازى أنه لا يفيد الحكم لا قطعا ولا ظنا [٢] .

وقد استدل كل فريق لما رآه :

---

(١) الإبهاج ٣ / ١٨٥ ، ١٨٦ ، وأصول الفقه للشيخ زهير ٤ / ١٨٢
(٢) انظر فيما سبق : المستصفى ١ / ٥١ وما بعدها والمحصول ٦ / ١٦١ ، وشرح الكوكب المنير ٥٩٣ .

أدلة الجمهور : يرى الجمهور ـ كما سبق القول ـ أن الاستقراء الناقص يفيد الظن ولا يفيد القطع بالحكم .

ودليل إفادته الظن : أننا إن وجدنا أغلب أفراد الشىء التى استقرئت متماثلة فى الحكم غلب على ظننا أن باقى أفراده التى لم تستقرأ كذلك ؛ لأن النادر يلحق بالأعم الأغلب .

أما دليل عدم إفادته القطع فهو : أن حكم الكلىّ عندئذ ليس ثابتا لجميع جزئياته بل للجزئيات المستقرأة فقط ، فجاز أن يكون الجزئى المتنازع فيه من تلك التى لم يثبت حكمه لها ، وبعبارة أخرى جاز أن يكون الجزئى المتنازع فيه مخالفا فى الحكم للمستقرأ .

أما من رأى عدم إفادته الحكم فقد استدل بأن استقراء بعض الجزئيات والأفراد دون البعض الآخر استقراء جزئى لا يثبت به الحكم فى الأفراد التى لم تستقرأ لجواز أن يكون حكمها مخالفا لحكم ما استقرىء .

وأجيب عن هذا : بأن غير المستقرأ قليل ونادر ، والمستقرأ كثير غالب والنادر ملحق بالكثير الغالب ، وهذا يقتضى الظن بأن النادر الذى لم يستقرأ حكمه نفس حكم الكثير المستقرأ (١) .

فالأولى بالقبول هو ما رآه الجمهور .

---

(١) انظر فيما تقدم : شرح المحلى على جمع الجوامع وحاشية البنانى ج ٢ ص ٣٤٥ ، ٣٤٦ ، البحر المحيط ج ٦ ص ١٠ ، ١١ ، وأصول الفقه للشيخ زهير ج ٤ ص ١٨٣ .

وعلى هذا فإن وجدنا جزئيا لم نعلم هل حكم كليّه ثابت لـه قطعـا أم لا نظرنا لحكم هـذا الكلـى ، فـإن كـان ناشـئا مـن الاسـتقراء التـام قطعنا بثبوت الحكم الثابت لكليّه له .

وإن كان ناشئا من استقراء ناقص لم نقطع بثبـوت الحكـم الثـابت لكليّه له ، بل ظننا ذلك فقط (١) .

ويختلف الظن المستفاد من الاستقراء الناقص باختلاف الجزئيات المسـتقرأة ، فكلمـا كـان الاسـتقراء فـى أكثرهـا كـان الظـن بالحكـم أقـوى (٢) .

وقد استدل الإمـام الشـافعى بالاسـتقراء فـى كثـير مـن المواضـع كاستدلاله على أقل الحيض وأكثره وأقل سن تحيض فيه المرأة (٣).

هذا ، ومن الجدير بالذكر أن الحنفية لم يعتبروا الاسـتقراء دليـلا مستقلا تثبت به الأحكام الشرعية ، بل أرجعوه إلـى القيـاس إن كـان هناك وصف معتبر جامع لجميع الجزئيات ، أو أرجعوه إلى العـرف والعادة (٤) .

لكنا نقول : الاستقراء يراعى فيـه عـدم الاحتيـاج إلـى جـامع أى عدم وجود وصف معتبر جامع لها ، جاء فى شـرح الكوكـب المنـير

---

(١) شرح المحلى على جمع الجوامع وحاشية البنانى ج ٢ ص ٣٤٦ .
(٢) شرح الكوكب المنير ٥٩٣ .
(٣) البحر المحيط ٦ / ١١ .
(٤) أصول الفقه لوهبه الزحيلى ٢ / ٩١٧ .

فى تعريف الاستقراء الناقص :

" أن يكون الاستقراء بأكثر الجزئيات لإثبات الحكم الكلى المشترك بين جميع الجزئيات بشرط ألا تتبين العلة المؤثرة فى الحكم " [١] .

وجاء فى البحر المحيط : " والناقص إثبات الحكم فى كلى لثبوته فى أكثر جزئياته من غير احتياج إلى جامع " [٢] .

هذا ، وهناك جملة من قواعد الفقه مختلف فيها وهى ليست بأدلة لكنها تشبه الأدلة من جهة أنها يقضى بها فى جزئياتها وصورها لثبوت مضمونها بالدليل ، فلما كانت كذلك كانت كأنها دليل على ذلك الجزئى .

ولذلك ذكرها العديد من الأصوليين ضمن الأدلة المختلف فيها ومن ذلك :

أولا : الأصل .

ثانيا : الأخذ بأقل ما قيل .

ثالثا : الاستدلال على عدم الحكم بعدم الدليل .

وها هو تفصيل القول في ذلك .

---

(١) شرح الكوكب المنير ص ٥٩٣ .
(٢) البحر المحيط ٦ / ١٠ .

أولا : الأصـــل

اختلف الأصوليون فى الأصل فى أفعال المكلفين الاختيارية بعد ورود الشرع وعدم ورود دليل على إباحتها أو المنع منها بخصوصها .

ولهم فى ذلك ثلاثة أقوال :

الأول : الإباحة سواء أكان الشىء نافعا أم ضارا .

الثانى : التحريم سواء أكان الشىء نافعا أم ضارا .

الثالث : إباحة المنافع وحرمة المضار .

وهو قول الجمهور . واستثنى البعض الأموال فهى من المنافع لكن الأصل فيها التحريم لقوله - صلى الله عليه وسلم - : " إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام " [١] ، وغيره لم يستثنها وهو الصحيح ؛ لأن التحريم الوارد فى الحديث ليس تحريما للأموال بل تحريما للاعتداء عليها .

ولكل قول من الأقوال المتقدمة دليله :

استدل أهل القول الأول بما يلى :

١ - قوله - تعالى - : (**خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الأَرْضِ جَمِيعاً**) [٢] و " ما "

---

(١) متفق عليه .
(٢) سورة البقرة : من الآية ٢٩ .

عامة تشمل كل شرع ، وقد ذكر الله - تعالى - ذلك فى معرض الامتنان ، ولا يمتن إلا بالمباح فيكون الجميع مباحا إلا ما أخرجه الدليل .

وأجيب عن هذا :

بأن الحديث عام مخصوص بقوله - صلى الله عليه وسلم - : " لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام " أى لا يجوز أن تضروا أنفسكم ولا أن تضروا غيركم ، فتكون الأشياء الضارة مستثناة من عموم الآية .

واستدل أهل القول الثانى بما يلى :

١ – قوله - صلى الله عليه وسلم - : دع ما يريبك إلى ما لا يريبك " .

ووجه الدلالة : أن فعل الأشياء التى لم يرد فى الشرع دليل على إباحة فعلها بخصوصها يؤدى إلى الريبة والشك ، وكلاهما منهى عنه بالحديث المذكور فيكون فعل تلك الأشياء منهيا عنه ، والمنهى عنه محرم فيكون فعل تلك الأشياء محرما .

وأجيب عن هذا :

بأن أدلة الشرع العامة دلت على إباحة النافع من الأفعال ففعله لا يقتضى ريبة ولا شكا ، فلا يكون منهيا عن فعله فلا يكون حراما .

واستدل أهل القول الثالث وهم الجمهور بما يلى :

استدلوا أولا على إباحة المنافع بما يلى :

١ – قوله - تعالى - : (أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ) (١) .

ووجه الدلالة :

أن الطيبات ليس المراد بها المباحات وإلا كان المعنى : أحل لكم المباحات فيكون فى الآية تكرار ، وإنما المراد بها ما تستطيبه النفوس ولا تنفر منه الطباع السليمة وهو الشىء النافع .

واعترض عليه :

بأنه يجوز أن يكون (أل) فى الطيبات للعهد ، والمعهود هو ما أحله الشرع مما يستطاب بالطبع ، فلا تفيد الآية العموم وحل ما لم يرد بحله دليل شرعى خاص .

وأجيب عنه بما يلى :

١ – يلزم من ذلك أن يكون قوله - تعالى - : **(أحل لكم الطيبات)** خبر لا إنشاء ، وحمل الكلام على الإنشاء أولى من حمله على الخبر ، لأن الإنشاء أكثر فائدة .

٢ – لا يجوز أن يكون ما أحله الشرع معهودا فى تلك الآية ؛ لأن المعهود إما أن يتقدم له ذكر فى الكلام وإما أن يكون له تعلق بحال الخطاب ، وما أحله الشرع لم يتقدم له ذكر ولا تعلق له بحال الخطاب فلا يكون معهودا .

---

(١) سورة المائدة : من الآية ٥ .

٣ – قوله - تعالى -: (قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ) [١].

ووجه الدلالة :

أن الآية استفهام إنكاري قصد به إنكار تحريم الزينة والطيبات ، فتكون مباحة .

٤ – قوله - تعالى - (**خلق لكم ما فى الأرض جميعا**) فقد دل على إباحة كل ما فى الأرض واستثنى منه المضار لحديث : " لا ضرر ولا ضرار " المتقدم .

واستدلوا على حرمة المضار بقوله - صلى الله عليه وسلم - : " لا ضرر ولا ضرار " .

ومما تقدم يظهر أن قول الجمهور هو الأولى بالقبول .

هذا وما كان دائرا بين النفع والضرر من الأفعال يلحق بالنافع فيكون مباحا ؛ لأن عدم وجود دليل خاص يدل على ترجح فعله أو تركه يعد دليلا شرعيا على التخيير بينهما [٢] .

---

(١) سورة الأعراف : ٣٢

(٢) انظر فيما تقدم : شرح المحلى على جمع الجوامع وحاشية البنانى ٢ / ٣٥٣ ، والإبهاج ٣ / ١٧٧ وما بعدها ، والبحر المحيط ٦ / ١٢ وما بعدها ، وأصول زهير ٢ / ١٧٤ .

ثانيا : الأخذ بأقل ما قيل

إذا اختلفت آراء العلماء فى حكم مسألة ولم يوجد دليل يدل على أحدها بعينه أخذ الشافعى بأقل ما قيل فيها وهو القدر المتفق عليه بين جميع أصحاب الأقوال فى المسألة ، وذلك لتيقنه وقد وافق الجمهور الشافعى على ذلك .

ومثال ذلك : دية الكتابى فقد قال بعض من سبق الشافعى هى كدية المسلم ، وقال بعضهم الآخر كنصفها ، وقال بعض ثالث هى كثلثها فعمل الشافعى بأقل ما قيل فيها وهو الأخير ، إذ إنه القدر المتفق عليه بين جميع أصحاب الأقوال فى المسألة حيث إن القائل بالنصف أو الكل قائل أيضا بالثلث لتضمن كل من النصف والكل الثلث .

فإن وجد دليل يدل على أحد الأقوال بخصوصه أخذ الشافعى بهذا الدليل ولم يأخذ بالأقل ، **ومثال ذلك** : أنه قد اختلف فى عدد الغسلات التى يطهر بها الإناء الذى ولغ فيه كلب فقيل : ثلاث ، وقيل : خمس ، وقيل : سبع ، فقال الشافعى بالسبع لا بالأقل وذلك للخبر المتفق عليه : " طَهور إناء أحدكم إذا ولغ فيه الكلب أن يغسله سبع مرات أولاهن بالتراب " ، وإن لم يكن الأقل متفقا عليه بين جميع أصحاب الأقوال لم يأخذ بأقل ما قيل لعدم تيقنه ، **ومثال ذلك** : ما إذا اختلف فى كفارة شىء : فقيل : ديناران ، وقيل : صوم ثلاثة أيام ،

وقيل : ذبح شاه ، فإن شيئا مما قيل لا يعد متفقا عليه ، **ومثاله أيضا**: ما لو قال قائل فى دية الكتابى إنها فرس ، فهذا القائل لا يعد قائلا بالثلث وإن زاد عن قيمة الفرس ، والقائل بالثلث لا يعد قائلا بالفرس ، وإن نقصت قيمتها عن ثلث الدية .

فالأخذ بأقل ما قيل يشترط له شروط منها اثنان يعلمان مما تقدم وهما :

١ – أن يكون أقل ما قيل متفقا عليه بين جميع أصحاب الأقوال .

٢ – ألا يوجد دليل يدل على شيء من الأقوال بعينه .

وهناك شرط ثالث هو :

ألا تكون الأمة مشغولة بما ورد فيه الخلاف فإن كانت مشغولة به أخذ بالأكثر ؛ لأنه أحوط لبراءة الذمة حيث تبرأ بالأكثر بالإجماع أما براءتها بالأقل فمحل خلاف.

ومثال ما فقد فيه هذا الشرط فأخذ الشافعى فيه بالأكثر :

أنه قد اختلف فى العدد الذى تنعقد به الجمعة على أقوال : أربعين ، وثلاثة ، واثنين .

ولما كانت ذمة المسلم مشغولة بفريضة الجمعة أخذ الشافعى بأكثر ما قيل وهو أربعون.

أما مثال ما توفرت فيه الشروط الثلاثة فهو دية الكتابى ، فالذمة قبل قتله غير مشغولة بديته ، ولا يوجد دليل يدل على أحد الأقوال

فى ديته بخصوصه ، والثلث قدر متفق عليه بين جميع أصحاب الأقوال .

هذا وأخذ الشافعى بأقل ما قيل إنما هو فى الحقيقة عمل بالإجماع وبالبراءة الأصلية فالأقل أجمع عليه الكل والزائد مختلف فيه والأصل براءة الذمة منه ، ومن ثم رأى البعض أنه لا يتجه جعله دليلا مستقلا .

والحنفية خالفوا فى الأخذ بأقل ما قيل وقالوا إن العمل بالأكثر أحوط حيث تبرأ به الذمة يقينا ؛ لأن الواجب فى الواقع ونفس الأمر إن كان هو الكل فقد فعله المكلف وإن كان غيره فقد فعله ضمن الكل ، أما إن فعل الكل فإن الذمة لا تبرأ به إلا إن كان هو الواجب فى الواقع ونفس الأمر ، أما إن كان الواجب غيره لم تزل الذمة مشغولة بما زاد عنه .

وقد أجيب عن ذلك :

بأن من شروط الأخذ بأقل ما قيل ألا تكون الذمة مشغولة بما أخذ فيه بالأقل ، ووجوب العمل بالأحوط إنما يكون إن كانت الذمة مشغولة بالشىء ابتداء ، وأيضا فقد سبق أن الأخذ بأقل ما قيل مركب من الإجماع والبراءة الأصلية فلا يتجه ممن يوافق على هذين الدليلين أن يخالف الشافعى فيه .

هذا ، وإن قام دليل على وجوب شيء يتحقق بوجهين : وجه أخف ووجه أثقل ولم يوجد دليل على أحدهما بخصوصه ، فقد اختلف فيه على ثلاثة أقوال :

١ – يجب الأخذ بالأخف لقوله - تعالى - : (**يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ**) [١]، وقوله : (**وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ**) [٢] .

٢ – يجب الأخذ بالأثقل ؛ لأنه أحوط وأكثر ثوابا .

٣ – لا يجب شيء منهما بل يجوز كل منهما ؛ لأن الأصل عدم الوجوب .

وأقرب هذه الأقوال الثالث .

وهذه المسألة غير مسألة الأخذ بأقل ما قيل ؛ لأن الأخف غير داخل فى الأثقل فهو غير متفق عليه [٣] .

ثالثا : الاستدلال على عدم الحكم بعدم الدليل

إذا بحث المجتهد عن الدليل الذى به يدرك الحكم فلم يجده دل ذلك عند الشافعية على عدم الحكم ؛ لأن عدم الدليل على الحكم بعد بذل الوسع فى البحث عنه بحثا تاما يقتضى الظن بأنه ليس هناك حكم يتعلق بهذا الفعل ؛ لأنه لو وجد الحكم ولا دليل عليه يعلمه

---

(١) سورة البقرة : من الآية ١٨٥ .

(٢) سورة الحج : من الآية ٧٨ .

(٣) انظر فيما تقدم : شرح المحلى وحاشية البنانى ٢ / ٣٥١ ، والبحر المحيط ٦ / ٢٧ ، الإبهاج ٣ / ١٨٧ ، أصول زهير ٤ / ١٨٣ ، إرشاد الفحول ص ٢٤٤ .

المكلف للزم من ذلك تكليف الشخص بما لا علم به أى تكليف الغافل لكن تكليف الغافل ممتنع .

وأيضا فقد جعل الله - تعالى - عدم وجود دليل على التحريم دليلا على عدم الحكم وهو التحريم ؛ وذلك فى قوله - سبحانه - : (**قُلْ لا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّماً عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ** ......) (١) .

ومثاله : قول الشافعية للحنفية : قولكم الوتر واجب يستدعى دليلا على وجوبه وقد بحثنا فلم نجد دليلا عليه ، فعدم الدليل يوجب عدم الحكم وهو الوجوب .

وقالت الحنفية : إن الاحتجاج بعدم الدليل لا يصلح دليلا ؛ لأن استقصاء العدم لا يمنع الوجود .

ورأى البعض أن ادعاء عدم الدليل يحتاج إلى الاطلاع على جميع النصوص الشرعية ووجوه دلالاتها وغير ذلك مما هو عسير جدا .

ويجاب عنه بأن العبرة بما يغلب على ظن المجتهد (٢) .

هذا ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين وصلِّ اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وسلم ، آمين .

---

(١) سورة الأنعام : من الآية ١٤٥ .

(٢) الإبهاج ٣ / ٢٠١ والبحر المحيط ٦ / ٣ وتسهيل الوصول ٢٣٩ وأصول زهير ٤ / ١٨٨ .

فهرس الموضوعات

رقم الإيداع
١٩١٩٣ / ٢٠٠٥